

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2011 - Numero 1

Saggi

- Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi, di Giuseppe Vettori..... p. 3
- Libertà contrattuale e utilità sociale, di Salvatore Mazzamuto..... p. 12
- Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali, di Cesare Salvi..... p. 27
- I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità, di Stefano Giubboni..... p. 37

Materiali e commenti

- Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione, di Antonio Gorgoni..... p. 49

Attualità

- Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza, di Vincenzo Putorti..... p. 68

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Editore: Persona e Mercato
Direttore Scientifico Responsabile: Giuseppe Vettori
Redazione: Fabio Addis; Massimo Franzoni; Marisaria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.
Collaboratori: Antonio Gorgoni, Francesca Lucchesi, Mario Mauro, Serena Meucci.
Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.
E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Stefano Giubboni; Antonio Gorgoni; Salvatore Mazzamuto; Cesare Salvi; Vincenzo Putorti; Giuseppe Vettori.

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI SOCIALI. UNA RIFLESSIONE FRA DUE CRISI.

Di Giuseppe Vettori

Professore ordinario di Diritto civile dell'Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Uno sguardo al passato. - 2. Libertà economica e dignità sociale in Italia e in Europa nell'ultimo decennio del 900. - 3. Libertà economiche e diritti sociali nel primo decennio del secolo. La seconda crisi. - 4. L'economia sociale di mercato e il Trattato di Lisbona. - 5. Le questioni aperte e il valore concreto della coesione sociale.

1. Uno sguardo al passato.

Nei primi anni dell'ultimo decennio del 900 la crisi economica aveva reso necessario una delle più consistenti manovre economiche della storia della Repubblica, sia per entità che per mezzi impiegati, giunti sino al prelievo dai conti bancari dei cittadini di una somma percentuale da destinare alle casse dello Stato¹.

Ad essa si unì un profondo mutamento che dette avvio ad una fase politica nuova², ebbe rilievo sullo stesso sistema delle fonti, stretto fra il declino del codice, la centralità sempre più marcata della Costituzione, il consolidarsi dell'ordine comunitario e della funzione determinante della magistratura.

Tutto ciò influì con forza sul diritto dei privati. Dalla rilevanza giuridica della persona come entità sociale, sulla quale si era fondata la stessa democra-

¹ G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996.

² V. la bella analisi di P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2011.



zia pluralista voluta dai costituenti³, al tema complesso dei diritti sociali riconosciuto da tutte le costituzioni del dopoguerra ma minacciato dalla contingenza economica⁴. Al ruolo dello Stato e del mercato ripensato in quegli anni in modo radicale⁵.

Tutto ciò evocava una rilettura attenta della costituzione economica⁶. Per una serie di motivi chiari.

Negli anni 60 e 70, durante i governi del centro-sinistra aveva dominato un'ideologia che individuava " il nucleo essenziale delle regole nell'intervento pubblico nell'economia, attribuendo alla volontà politica il compito della stessa definizione dello sviluppo economico, con conseguente sovrapposizione di un modello giuridico ai meccanismi del mercato". "Lo schema autorità-libertà era applicato all'economia non per garantire regole e correttivi al mercato, ma per dirigere le scelte degli imprenditori verso fini prestabiliti dal potere politico"⁷. Il quadro mutò a partire dagli anni 80 quando ci si rese conto di alcuni fatti decisivi. Il peso complessivo degli interventi pubblici era diventato tale da soffocare il mercato, lo Stato sociale non era più in grado di sostenere i propri compiti, la rivoluzione tecnologica aveva mutato il volto della società, l'integrazione europea esigeva coerenza con le finalità dei Trattati che, dopo l'Atto unico del 1986, imponevano un'apertura del mercato interno e una drastica riduzione dell'organizzazione pubblica e dei regimi amministrati.

Il mutamento fu radicale e condusse ad un esito preciso. Il "riconoscimento del mercato come principio istituzionale centrale dell'ordinamento

dell'economia" e la "riqualificazione dell'intervento pubblico diretto principalmente a dettare regole al mercato senza sostituirlo nel ruolo di guida del processo economico"⁸. Un principio che prese forma negli anni novanta con la legislazione a tutela della concorrenza, del mercato e dei consumatori ma che esigeva un chiarimento di fondo.

Non ci fu un ritorno alla concezione classica del capitalismo.

Lo Stato sociale resse come principio costituzionale connaturale alla nostra forma istituzionale ove democrazia pluralista e Stato sociale formano un binomio inseparabile, ma mutò volto rispetto al passato. Fu chiaro che l'intervento diretto dello Stato non poteva essere più l'unico meccanismo di realizzazione del Welfare, ma dovevano integrarsi fra loro regole pubbliche e meccanismi spontanei per comporre un equilibrio tracciato con sicurezza da Luigi Mengoni.

Al mercato si doveva "riconoscere il compito di determinare, sia pure con margini di flessibilità, i limiti di *compatibilità economica* entro i quali l'azione politica deve contenere, selezionandoli, il soddisfacimento dei bisogni e delle domande espresse dalla società civile". L'etica sociale doveva tener conto di questi limiti occupandosi della distribuzione della ricchezza, ma anche della sua produzione. L'argomentazione giuridica non poteva ridursi all'analisi economica perché nella costituzione debbono essere contemplate tre finalità primarie: economicità, giustizia sociale e libertà individuale in un rapporto di "tensione che, mediante la regola del diritto, deve essere convertito in un rapporto di equilibrata integrazione".

Un equilibrio che deve tener conto di un dato essenziale. "Le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate sui valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di *fattibilità economica*. Se si supera tale limite lo Stato sociale rovina su se stesso"⁹.

Da qui un significato nuovo e diverso della solidarietà che non esprime doveri autonomi ma "criteri di valutazione dell'adempimento esatto di obblighi giuridici o limiti all'esercizio di diritti soggettivi". Solidarietà come forza di cambiamento che si inserisce tra i criteri guida dello sviluppo" in guisa da armonizzarlo con i valori soggettivi di cui è portatore il fattore lavoro", profondamente mutato nei presupposti essenziali. Una solidarietà che non ha più "i contenuti di un'opposizione di principio all'organizzazione imprenditoriale del lavoro, ma è il risultato di una negoziazione collettiva dei corret-

³ A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1989, 1 ss.; Id. voce *Diritto sociali*, ivi; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985. Un concetto depurato da elementi naturali (di origine religiosa) o funzionali (di origine laica) e perciò capace di porsi al di sopra di ogni potere pubblico compreso quello legislativo sì da instaurare appunto un rapporto di dipendenza con il principio democratico. Una entità dotata di alcune situazioni immodificabili che si identificano con la forma stessa dello Stato ed altre da salvaguardare, non in modo assoluto, ma tramite il confronto con altri valori, salvo il rispetto di un contenuto essenziale.

⁴ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili e diritti sociali*, in G. Vettori, (a cura di), *Persona e Mercato*, cit., p. 27

⁵ v. in particolare N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004.

⁶ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. Vettori (a cura di), *Persona e Mercato*, cit., p. 34 ss. La cornice normativa era chiara. Dal titolo III della Carta (artt. 35-47) ai principi fondamentali (artt. 2, 3, 4) dalle norme sulle prestazioni obbligatorie (art. 23), al dovere di contribuzione (art. 53), dal rapporto necessario fra spese ed entrate (art. 81), alla cessione di sovranità (art. 11) che aveva consentito la partecipazione all'Unione europea Più delicato era precisare i tratti della conformazione dell'economia da parte della nostra legge fondamentale e l'unica scelta possibile era quella di storicizzare il testo

⁷ L. MENGONI, *op.cit.*, p. 34.

⁸ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 36.

⁹ L. MENGONI, *op.cit.*, p. 36



tivi, adattamenti, compensazioni occorrenti per salvaguardare i diritti umani dei lavoratori e per evitare abusi e discriminazioni a danno dei più deboli. Un contesto che “tende a spostare il baricentro delle relazioni industriali dal conflitto alla partecipazione”¹⁰.

Non mancarono su questo tema, durante un Seminario fiorentino, opinioni diverse sulle vie da percorrere.

Per alcuni il riferimento alla Persona e al Mercato doveva essere privato di ogni suggestione condizionante per affidare alla norma un compito essenziale. Scomporre la persona “nella pluralità di specifici e determinati interessi di volta in volta reputati meritevoli o immeritevoli di tutela” e dall’altro convertire il mercato “da luogo della spontaneità degli affari in sistema di relazioni e di scambi costruito e governato dalla legge”¹¹. Emergeva da ciò l’autonomia delle regole dello scambio rispetto alle istanze di protezione sociale della persona che dovevano essere risolte all’esterno, fuori dal mercato¹².

Altri posero in luce un quadro diverso. Si sottolineò la necessità di abbandonare un metodo basato sull’economia pianificata per aprirsi ad interventi contro forme di monopolio e di sopraffazione¹³. Si sottoposero ad un’analisi attenta la proprietà¹⁴, l’iniziativa economica¹⁵, la disciplina della concorrenza¹⁶, il contratto¹⁷.

La conclusione alla fine di una specifica riflessione comune sul tema fu netta¹⁸.

Emergeva dalla evoluzione normativa e sociale una realtà nuova. “Una forte rivendicazione di diritti della persona con contenuto economico, sino a riconoscere posizioni differenziate a vari soggetti che dovevano essere ordinate in un nuovo contesto. Tutto ciò lasciando alla politica la scelta “del ruolo della libera gara e dell’intervento statale più consono alla necessità dei tempi”, ma *affidando al pensiero giuridico il compito di ordinare “le nuove e più efficienti tutele delle situazioni civili ed economiche*

*della persona, tramite un’opera di attenta ricomposizione del sistema”*¹⁹.

2. Libertà economica e dignità sociale in Italia e in Europa nell’ultimo decennio del 900.

Esiste un documento che agevola l’analisi delle modalità di tutela che la Corte Costituzionale ha assicurato nell’ultimo decennio del 900 per diritti sociali di prestazione (alla retribuzione, assistenza, previdenza)²⁰.

Da una lettura delle sentenze sulla tutela dei lavoratori, minori, disabili, stranieri da un’analisi del principio di solidarietà, del diritto di proprietà e del dovere tributario emerge una visione sufficientemente chiara. Vi sono nella Costituzione situazioni che hanno la prerogativa dell’invulnerabilità, ma che sono diritti soggettivi in modo peculiare perché la loro conformazione è affidata al legislatore a differenza dei diritti di libertà immediatamente applicabili²¹. Sicché la Corte costituzionale, quando fa riferimento alla dignità della persona o a formule simili, utilizza il concetto in modo diverso, a seconda che si voglia esprimere un nucleo di intangibilità di ogni diritto fondamentale o una aspettativa o proiezione sociale della persona.

Nel primo caso, ad esempio, la salute, la segretezza, la privacy nel bilanciamento con altre esigenze non possono essere comprese sino a incidere su di un ambito inviolabile occupato dalla dignità. La libertà di coscienza, anche religiosa, rappresenta un aspetto ineliminabile. Nuovi diritti emergono dall’applicazione dell’art. 2 e dalle norme che indicano le libertà fondamentali.

D’altra parte il richiamo della pari dignità sociale consente operazioni diverse²². La tutela dell’eguaglianza formale e del divieto di discriminazione (art.3 1 comma) opera come canone assoluto²³. Il

¹⁹ G. VETTORI, *op. cit.*, 16-17 ; *Id.*, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005; *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009; *Contratto e rimedi*, 2 ed., Padova, 2010.

²⁰ Corte costituzionale, Servizio studi, *La tutela dei “soggetti deboli” come esplicazione dell’istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Bellocci e P. Passaglia con aggiornamento di A. De Tura, Roma, 2009.

²¹ v.G.ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuov. Giur. Civ. comm.*, 1997, p. 415 ss.

²² M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica dir.*, 2000, p. 367 ss.; M. PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2002, p. 151; A.RUGGERI e A. SPADAI, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Politica dir.*, 1991, p. 343 ss.

²³ v. da ultimo D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento fra le parti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, pp.281-312.

¹⁰ L. MENGONI, *op.cit.*, p. 40-41.

¹¹ N. IRTI, *Intervento*, in G. Vettori(a cura di), *Persona e mercato*, cit. p. 93; e in *Riv. dir. priv.*, I, 1995, p. 289ss.

¹² Sulle stesse posizioni P. SCHLESINGER, in G.Vettori, *cit.*, p. 109 per il quale lo stato sociale si realizza fuori dal mercato e non nel mercato.

¹³ P. PERLINGIERI, in G. Vettori, *cit.*, p. 114.

¹⁴ D. SORACE, *La proprietà nella costituzione economica*, in G. Vettori, *cit.*, p.45,

¹⁵ M. NUZZO, *Limiti dell’autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in G. Vettori, *op. cit.*, p.57

¹⁶ C. MALINCONICO, *La disciplina della concorrenza e del mercato in Italia*, in G. Vettori, *op. cit.*, p. 65 ss.

¹⁷ G. BENEDETTI, *Il contratto*, in G. Vettori, *op.cit.*, p.77.

¹⁸ G. VETTORI, (a cura di), *Persona e Mercato*, cit., p. 15-17.



principio dell'eguaglianza sostanziale (art. 3 2° comma) consente di individuare precisi diritti dei lavoratori (art. 36 e 38), di estendere i diritti di cittadinanza e di assistenza con alcune sentenze additive, di isolare il diritto sociale all'abitazione come "bene primario che deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge"²⁴. Tutto ciò sottolineando che tali diritti come tutti i diritti sociali tendono ad essere realizzati in proporzione delle risorse della collettività, sicché "solo il legislatore, misurando le effettive disponibilità e gli interessi con esse gradualmente soddisfattibili, può razionalmente provvedere a rapportare mezzi a fini e costituire puntuali fattispecie giustiziabili espressive di tali diritti fondamentali"²⁵. Con il limite irrinunciabile del rispetto della dignità.

Ne risulta un quadro sufficientemente chiaro²⁶.

I diritti fondamentali di libertà, sono direttamente applicabili e possono essere limitati solo con leggi generali e per realizzare altri interessi costituzionali altrettanto fondamentali e generali²⁷. I diritti sociali di prestazione sono considerati inviolabili, possono essere conformati nel loro contenuto dal legislatore ordinario in attuazione dell'art. 3 2° comma²⁸, ed essere oggetto di bilanciamento con altri diritti e interessi da parte della attività giurisdizionale per individuare nuove situazioni tutelabili. Esiste un nucleo irriducibile delle situazioni protette dalla Costituzione, come ambito inviolabile della dignità sociale della persona.

Il quadro normativo e giurisprudenziale è diverso nel diritto comunitario²⁹.

Nel Trattato di Amsterdam i diritti sociali "hanno conquistato la qualifica di *diritti fondamentali* al pari di quelli di libertà", ma ciò non ha "consentito di rovesciare l'impressione di una notevole timidezza sul punto dato che tali situazioni non sono un limite o una finalità dell'azione comunitaria e degli Stati". I quali "si impegnano solo a tenerli presenti" mentre l'obiettivo dell'Unione erano in quel contesto "alcuni interessi generali oggettivi" (occupazione, protezione sociale adeguata, dialogo sociale). Sul punto del resto le opinioni erano e sono diverse.

Per alcuni la migliore configurazione era quella attuale in cui l'Unione non si è occupata, secondo il

desiderio degli stessi Stati di politiche fiscali, sanità, pensioni, istruzione e ordine pubblico. Ciò perché "bisogna preferire i fatti ai miti, una democrazia pragmatica piuttosto che utopica" e tendere casomai verso un federalismo futuro.³⁰

Altri hanno osservato che non si può separare a lungo la regolazione economica e monetaria affidata alla UE e i provvedimenti sullo stato sociale e le tasse di competenza dei governi senza incidere sui fondamenti stessi della democrazia che esige forme di incidenza concreta sulle questioni sociali. Sicché, secondo questa tesi, i tempi sono maturi per sviluppare l'altro pilastro istituzionale, quello popolare³¹, carente in Europa da sempre³².

D'altra parte sono state significative in quel periodo alcune sentenze della Corte di Giustizia ove il principio della Dignità è prevalso sulle libertà economiche nel caso Omega³³, si è dato rilievo alla di-

³⁰ A. MORAVCSIK, *Yves Mény e Andrew Moravcsik discutono di democrazia europea*, in *Riv. bim. cultura e politica*, Il Mulino, 3, 2009, p. 457. Moravcsik osserva che solo una piccola parte di provvedimenti normativi provengono dalle istituzioni europee (9-15%) e sono comunque recepiti tramite processi interni ai singoli Stati. I sondaggi mostrano una fiducia nell'Europa spesso superiore agli Stati mentre la mancanza di democrazia è spesso sollevata dalle formazioni estreme della sinistra e della destra. I voti contrari espressi nei referendum sul Trattato costituzionale sono spesso dettati da motivazioni locali.

³¹ Y. MÉNY, in *Yves Mény e Andrew Moravcsik*, op. Cit., p. 460-461, 464-466. Osserva Mény che la "camicia di forza" imposta dall'Europa favorisce alcune ideologie e alcuni partiti ispirati e ne penalizza altri. Genera scontenti fra gli elettori che finiscono per privilegiare posizioni estreme. Urta contro un dato di fondo. Le scelte economiche in una democrazia matura devono essere oggetto di dibattito e decisioni condivise, sicché la scelta è netta. O si riportano quelle decisione in un ambito nazionale o si democratizzano le sfere decisionali sopranazionali. L'impossibilità della prima ipotesi induce a percorrere forzatamente la seconda. Tutto questo non comporterebbe affatto l'adozione di politiche sociali "predisposte e finanziate dalla Unione" che sarebbe un disastro, ma la ricerca di forme decisionali democratiche nel governo dell'economia rafforzata dalla supremazia del diritto. Certo è che l'Europa ha dedicato molti sforzi nella elaborazione di controlli e bilanciamenti nel percorso costituzionale che è uno dei pilastri di un assetto democratico.³²

³² V. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorso della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, p.134 ss. Il processo costituente europeo non è sorto come discontinuità di un regime abbattuto (come è stato invece per le rivoluzioni del '700 e le costituzioni del '900), ma entro uno scenario federalistico che è nella storia stato in passato scandito da due tratti precisi. L'inserimento nel "processo di approvazione dei Trattati in modo sempre più incisiva della voce popolare diretta" e la disapplicazione da parte dei giudici del diritto degli Stati incompatibile con l'assetto sopranazionale, come è avvenuto negli USA nel corso di oltre un secolo successivo alle prime proclamazioni.

³³ Caso 36/02 [2004] ECR I-09609 (ECJ) La fattispecie è nota. Si è dovuto accertare la compatibilità con il diritto comunitario di attività che comportano l'utilizzo di giochi basati sull'uccisione simulata di persone. Omega era titolare di un contratto di franchising con una società inglese che produceva e

²⁴ Corte Cost., 7 aprile 1988, n. 404.

²⁵ Corte cost., 18 maggio 1989, n. 252 e Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 121.

²⁶ Già delineato in G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 167 di cui si riproduce il contenuto.

²⁷ Corte cost., 6 maggio 1996, n. 141.

²⁸ V. la bella ricostruzione di S. RODOTÀ, *Diritti e Libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, 2011, p. 98 ss.

²⁹ S. GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, in *Politica dir.*, 2005, p. 3 ss.



sparità di potere nel caso Courage³⁴, si sono ritenute prevalenti, nel caso Albany,³⁵ le finalità sociali dei Trattati rispetto alla libertà di concorrenza³⁶.

3. Libertà economiche e diritti sociali nel primo decennio del secolo. La seconda crisi.

Come è stato osservato la crisi di fine decennio è stata una gravissima crisi di re-distribuzione³⁷. Da sempre le società ordinate hanno funzionato “quan-

commercializzava le attrezzature usate legalmente in quel paese. Il Sindaco di Bon ha vietato tale attività in quanto contraria all'ordine pubblico e ciò ha determinato un ricorso alla Corte federale che ha confermato il giudizio negativo, ma ha richiesto l'intervento della Corte di Giustizia per valutare la compatibilità con il Diritto comunitario della questione e per accertare se la facoltà degli Stati di limitare le libertà fondamentali (in questo caso di libera circolazione dei beni e di prestazione dei servizi) “sia subordinata alla condizione che tale restrizione si basi su di una concezione del diritto comune a tutti gli Stati”. L'avvocato Generale ha accertato che, tranne la Germania, tutti gli Stati nazionali considerano la dignità un principio costituzionale ma non un precetto autonomamente azionabile. Un concetto di genere che può essere specificato mediante l'ordine pubblico che i singoli Stati sono liberi di valutare, salvo un controllo della Unione Europea in presenza di “una minaccia effettiva e abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività” che si reputa presente nel nostro caso. La Corte di Giustizia ha seguito lo stesso orientamento e ha precisato che il rispetto della dignità umana è un principio generale del diritto comunitario idoneo a limitare una libertà fondamentale tramite la nozione di ordine pubblico che la Costituzione nazionale intende assicurare nel proprio territorio. Da qui la decisione di non contrarietà del divieto.

³⁴ Caso 453/99 del 20 settembre 2001, in *Foro it.* 2002, c. 75 ss; v. anche G. VETTORI, *Diritto dei contratti e “costituzione” europea*, op. cit., p. 163 ss. Una Corte inglese aveva formulato il quesito se un contraente di un'intesa restrittiva della concorrenza potesse chiedere tutela nei confronti dell'altra parte che aveva imposto una clausola ingiustamente vantaggiosa. La pretesa era sembrata al giudice nazionale in contrasto con il principio che non si può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito, e tale è senz'altro l'adesione ad un'intesa illecita per contrasto con la normativa comunitaria. Da qui la richiesta di intervento della Corte di Giustizia. La quale ha ricordato, anzitutto, che i Trattati hanno dato vita ad un ordinamento integrato nei sistemi nazionali, che crea diritti direttamente o tramite l'imposizione di obblighi, e ha risposto poi che la tutela non può essere esclusa a priori in base al diritto dell'Unione purché il giudice nazionale tenga in conto una serie di elementi di valutazione. Quali il contesto giuridico ed economico nel quale le parti si trovano, il rispettivo comportamento, l'eventuale posizione di inferiorità grave di una nei confronti dell'altra, tale da compromettere o da annullare la libertà di negoziare.

³⁵ v. sul punto S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, in part. p. 227; Id., *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato conc. reg.*, 2004, 1, p. 75 ss.

³⁶ v. sul punto S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, cit.; Id., *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, cit.

³⁷ E. BERSELLI, *L'economia giusta*, Torino, Einaudi, 2010, p. 37 ss.

do sono riuscite a distribuire con sufficiente equità il benessere realizzato con l'attività economica complessiva.”

Negli anni 50-60 ciò è stato possibile con un aumento elevato di produzione, dopo, specialmente in Italia con la creazione sistematica di nuova moneta e con ricorso all'indebitamento pubblico per realizzare le finalità sociali programmate. Ancora in un periodo successivo, sino al presente, con politiche di sostegno della domanda attraverso l'incentivo dell'indebitamento privato. Basta pensare all'espansione dei mutui *subprime* delle carte di credito *revolving*, del credito al consumo che hanno determinato mitologie collettive sulla disponibilità di moneta “virtuale” responsabile in gran parte della grande bolla finanziaria. “I mutui e i debiti di cattiva qualità sono stati cartolarizzati e macinati in prodotti finanziari “tossici” che hanno ben presto determinato l'avvelenamento del circuito finanziario”³⁸. Gli Stati hanno delegato a soggetti privati la loro funzione sovrana di batter moneta e consentito l'immissione di titoli basati sul nulla che hanno determinato la Grande depressione che tutti conosciamo.

Il primo segnale si ebbe sul finire dello'estate del 2007 quando una piccola banca inglese, la Northern Rock, chiese un sostegno alla Banca d'Inghilterra, palesando le sue difficoltà. Il fenomeno dilagò in modo travolgente e invasivo e da lì il panico, la corsa agli sportelli, il fallimento di Banche e Istituti primari, l'intervento enorme degli stati per arginare il disastro l'inizio nell'anno successivo di una recessione gravissima in tutto il mondo.

Non è un caso, forse, che le maggiori asimmetrie fra l'integrazione economica e la protezione sociale in Europa sia emersa proprio in quegli anni in alcune sentenze della Corte di Giustizia che sono da tempo all'attenzione dei più attenti commentatori. Viking³⁹, Ruffert⁴⁰, Laval⁴¹, sino alla più recente Commissione contro Repubblica federale di Germania⁴² hanno posto in luce due aspetti essenziali.

In primo luogo le tensioni derivate dalle condizioni di lavoro molto diverse fra gli Stati membri. In secondo luogo il fatto che oramai il campo di estensione del diritto comunitario si estende al contenzioso collettivo di lavoro⁴³.

³⁸ E. BERSELLI, op.cit., p. 40; e G. RUFFOLO, *Lo specchio del diavolo. Storia dell'economia dal Paradiso terrestre all'inferno della finanza*, Torino, Einaudi, 2006.

³⁹ C-438/05 dell'11 dicembre 2007.

⁴⁰ C-346/06 del 3 aprile 2008.

⁴¹ C-341/05 del 18 dicembre 2007.

⁴² C-271/08 del 15 luglio 2010.

⁴³ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso 2010*, in www.europa.eu, traduzione italiana, p. 74



Nel caso Viking la Corte reputa gli Stati liberi di disciplinare i diritti sociali e lo sciopero ma obbliga a rispettare il diritto comunitario, il quale, per effetto di molti documenti interni e internazionali, riconosce l'azione collettiva come diritto fondamentale⁴⁴. Tutte le altre sentenze dopo aver riconosciuto il diritto fondamentale all'azione collettiva fanno prevalere nel bilanciamento la libertà economica di libero stabilimento in alcuni casi e di libera concorrenza nell'altro. Il che ha riproposto le divisioni fra chi crede in una maggiore integrazione e chi considera "la tutela delle libertà economiche e la eliminazione delle barriere nazionali un modo per aggirare o diminuire i diritti sociali tutelati a livello nazionale"⁴⁵.

Da qui la preoccupazione e l'intervento delle Istituzioni comunitarie.

Nella lettera di Barroso a Monti⁴⁶ per commissionare un rapporto sulle strategie di rilancio del Mercato Unico si indica una priorità. Studiare i modi e le forme per un "mutuo" rafforzamento tra il mercato e la dimensione sociale dell'economia perché solo una maggiore attenzione ai diritti sociali a livello europeo può impedire la disaffezione verso l'integrazione economica ed evitare uno sfaldamento che minerebbe le radici stesse della Unione.

La risposta di Monti su questo punto è chiarissima nel formulare alcune raccomandazioni proprio sulla direttiva sul distacco dei lavoratori e sul diritto di sciopero. Si chiede che la prima sia chiarita sì da consolidare "la diffusione di informazioni sui diritti e gli obblighi dei lavoratori e delle imprese, la cooperazione amministrativa e le sanzioni," nel quadro

⁴⁴ Da qui il problema del bilanciamento fra tale diritto e le libertà economiche, come quella di stabilimento che può essere limitata da ragioni di interesse generale, con misure proporzionate e senza andare al di là di una tutela necessaria di prerogative personali. Il giudice di rinvio e la Corte devono insomma realizzare un giusto equilibrio fra libertà di stabilimento, protezione sociale e tutela della concorrenza. Nell'ultima sentenza sul tema si doveva decidere sulla legittimità di un accordo collettivo tedesco che affidava ad un fondo la realizzazione di misure concordate di previdenza a favore di dipendenti locali. Si prende atto che le clausole dei contratti collettivi non sono escluse dall'ambito applicativo del diritto comunitario e che il diritto fondamentale di negoziazione collettiva, oramai riconosciuto da sentenze precedenti, può essere sottoposto a talune restrizioni. Si ricorda che nel caso Albany tali accordi erano stati esentati dal rispetto del divieto di intese restrittive ma si reputa che essi siano soggetti alla normativa degli appalti pubblici. Sicché dopo aver bilanciato l'interesse al miglioramento delle pensioni, l'attuazione della libertà di stabilimento e l'apertura alla concorrenza nell'Unione europea si conclude che "la salvaguardia degli elementi di solidarietà non è per sua natura inconciliabile con l'applicazione di una procedura di aggiudicazione di appalto", perché l'esigenza mutualistiche possono essere garantite da un'impresa di assicurazione prescelta dopo una gara di appalto.

⁴⁵ M. MONTI, *op. ult. cit.*

⁴⁶ Lettera di incarico (a Mario Monti) del Presidente della Commissione europea del 20 ottobre 2009, in www.europa.eu

delle libertà economiche garantite. Si consiglia di inserire, in un atto che chiarisca l'interpretazione della Direttiva, una disposizione che garantisca il diritto di sciopero sul modello dell'art. 2 del Regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio e un meccanismo per la composizione informale delle vertenze di lavoro relative all'applicazione della direttiva"⁴⁷.

Due comunicazioni della Commissione dell'ottobre 2010 completano il quadro.

In una⁴⁸ sono contenute 50 proposte per dare un disegno preciso ad una disciplina giuridica che attui in concreto un'economia sociale di mercato altamente competitiva fra le quali una "proposta legislativa destinata a migliorare l'attuazione della direttiva sul distacco dei lavoratori che potrebbe comprendere, o essere integrata, da un chiarimento sull'esercizio dei diritti sociali fondamentali nel contesto delle libertà economiche del mercato unico". D'altra parte si assegna valore fondamentale alla Carta dei diritti e alla "clausola sociale orizzontale" contenuta nell'art. 9 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, che consente "di valutare la pertinenza di tutte le misure politiche in funzione delle loro conseguenze sociali". Infine si delinea una strategia precisa: "rafforzare l'economia sociale di mercato riposizionando le imprese e i cittadini europei al centro del mercato unico per ritrovare la fiducia; elaborare politiche di mercato al servizio di una crescita sostenibile ed equa; predisporre gli strumenti per un'adeguata *governance*, il dialogo, il partenariato e la valutazione". Tutto ciò da inserire in un Atto per il mercato unico da sottoporre ad un dibattito in tutta Europa.

La seconda Comunicazione⁴⁹ si propone l'obiettivo della piena ed effettiva attuazione della Carta "nel nuovo contesto giuridico delineatosi in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona". Richiama il suo ambito operativo, senza far cenno della distinzione fra diritti e principi, nel suo ambito interno ed esterno. Sottolinea la necessità di una cultura dei diritti, il carattere assoluto "di alcuni di essi e le possibilità di limitazioni che devono essere previste dalla legge, rispettare il contenuto essenziale dei diritti e il principio di proporzionalità, essere necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o

⁴⁷ M. MONTI, *op. cit.* p. 77

⁴⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato, Bruxelles, 27 ottobre 2010 COM(2010) 608 definitivo in www.europa.eu

⁴⁹ Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bruxelles, 19 ottobre 2010, COM(2010) 573 in www.europa.eu



all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Si propone di integrare la Carte nel processo legislativo, di garantirne il rispetto da parte degli Stati membri, di predisporre una relazione annuale sulla sua applicazione.

4. L'economia sociale di mercato e il Trattato di Lisbona.

Il nuovo articolo 3 del Trattato di Lisbona afferma che l'Unione si adopera per uno sviluppo sostenibile basato su una crescita economica equilibrata e un'economia sociale di mercato fortemente competitiva.

Come è stato osservato non si tratta di una formula vuota ma di una clausola generale che deve essere tradotta in un principio e in regole applicative. Con essa si riconoscono i meriti dell'economia di mercato nello sviluppo, ma la concorrenza che era nei precedenti Trattati un principio fondamentale è declassata da valore a strumento. Si rifiutano formule di dirigismo mentre lo Stato deve proteggere il mercato e non le imprese per impedire i suoi fallimenti e deve assicurare quella protezione capace di accentuare la coesione sociale.

Di essa occorre dunque esaminare i caratteri, le origini storiche, l'operatività concreta e le capacità ordinanti con un'analisi che qui può essere solo accennata come inizio di un lavoro da svolgere.

Nel precisare il suo carattere occorre sgombrare il campo dall'idea che si tratti di una norma solo programmatica priva di effettività.

Sul punto il dibattito non si è mai sopito e anche di recente per alcuno l'esaltazione dei principi degrada i diritti a raccomandazioni etiche e sovverte la gerarchia delle fonti attribuendo un ruolo creativo alla scienza e alla giurisprudenza in contrasto con l'esigenze più avanzate della modernità⁵⁰. A ciò si contrappone un assetto costituzionale che deve essere attuato dal legislatore e solo completato dalla dottrina e dai giudici.

Mi limito a due osservazioni di replica.

Il modello che proviene dalle Costituzioni dell'800 è chiaro e riducibile in uno slogan. I principi alla politica e le leggi al giudice. Le costituzioni del 900 e la complessità delle fonti hanno prodotto una trasformazione radicale. Le norme sono spesso prive di fattispecie e indicano un ordine da realizzare. Come si è notato in ciò non c'è una rivincita del popolo sovrano sullo Stato legislatore (la maggioranza). C'è qualcosa di più. Si prende atto della natura essenzialmente pratica del diritto e dalla mag-

giore efficienza, a volte, di un principio per dare risposte efficienti a un problema di vita che la giurisprudenza ordinaria e costituzionale è più idonea a fornire. D'altra parte è noto che negli anni 60 e 70 del secolo scorso i civilisti italiani divennero i sostenitori del valore solo programmatico delle norme costituzionali in ossequio al positivismo imperante che esige di dare unico rilievo alle norme. Un tale errore non può essere ripetuto e i tempi sono maturi per una nuova consapevolezza.

Al di là della distinzione fra diritti, fra funzione positiva o negativa dei principi è utile un'attività che sappia assicurare la massima realizzazione degli interessi giuridicamente protetti da un diritto o da un principio e il richiamo alla economia sociale di mercato con la clausola orizzontale di socialità offre elementi di valutazione di grande significato.

Resta da precisare il contenuto della formula che è debitrice di diversi modelli, dall'ordoliberalismo tedesco⁵¹, al liberalismo economico⁵², alla Dottrina sociale della Chiesa⁵³, ma occorre soprattutto riflettere sulla operatività della clausola oggi.

Le difficoltà sono evidenti.

Nell'ambiente europeo un equilibrio è difficile da raggiungere per la necessità di rispettare e garantire identità nazionali molto diverse, per storia e cultura. D'altra parte sia l'origine mercantile della Unione sia la radice individualistica che non prevede un nucleo di diritti sociali conducono ancora alla difficoltà di individuare uno *jus commune* in Europa. Resta in tale quadro una certezza.

L'attività delle Corti è stata fondamentale perché il controllo di ragionevolezza ha potuto raggiungere risultati che l'approccio normativo non poteva in alcun modo risolvere e sarà decisivo il riferimento all'economia sociale di mercato in un processo ispirato dalla tecnica dei piccoli passi tenendo conto delle tradizioni costituzionali comuni e di alcune consapevolezze che si stanno affermando negli studi più autorevoli.

Tutti i diritti e libertà tendono ad avere un risvolto sociale se si vuole superare il limite della eguaglianza formale e ciò esige che si incrocino libertà ed eguaglianza sostanziale senza la quale ogni posizione giuridica perde di effettività.

⁵¹ v. sul punto W. ROPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, con introduzione di S. Cotellessa, prefazione dal titolo *Libertà e responsabilità: il paradigma di un nuovo progetto editoriale* di L. Ornaghi e A. Quadro Curzio, Il Mulino, 2004.

⁵² AA.VV., *Luigi Einaudi: Libertà economica e coesione sociale*, a cura di A. Gigliobianco, con prefazione di M. Draghi, Roma-Bari, 2011.

⁵³ V. Compendio di dottrina sociale della Chiesa, 2004; e l'Enciclica di Benedetto XVI *Caritas in veritate*, 2009 e su di essa di recente l'analisi di E. BERSELLI, *L'economia giusta*, cit.

⁵⁰ v. da ultimo L. FERRAIOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, p. 2771 ss.



E' così che la pari dignità sociale contenuta nel primo comma dell'art. 3 della nostra costituzione unifica e rende inseparabili le due forme di parità. Si è eguali solo in quanto sia riconosciuta a tutti pari dignità sociale. D'altra parte il nuovo articolo 117, alla lettera m, esige la tutela di un livello comune delle situazioni civili e sociali all'interno della Repubblica, mentre l'art. 72 par. 2 della Costituzione tedesca parla di identiche condizioni di vita come parametro di grande potenzialità operativa⁵⁴.

Certo tutto dipende dal bilanciamento che richiede tecniche rigorose ma segni positivi non mancano.

Come si è osservato nelle sentenze Viking c'è un rinvio al giudice nazionale che può comporre il conflitto in conformità al suo diritto.

D'altra parte il bilanciamento che può esser operato dalla corte EDU e dalla Corte di Giustizia è diverso perché la prima pone la Persona come termine essenziale di confronto mentre la seconda non può trascurare che le libertà economiche sono i pilastri su cui si è cercato di edificare il Mercato unico.

A tale riguardo la prossima adesione della Unione alla CEDU e la recente Dichiarazione congiunta dei Presidenti delle due Corti europee, consente di tendere a un reciproco appoggio dei due testi tenendo conto che la Carta dei diritti è in gran parte sovrapponibile ai testi delle costituzioni nazionali ove la teoria dei diritti fondamentali ha ancora molto da dire nel far procedere assieme Libertà ed Eguaglianza come costruzione possibile e progressiva di un'identità europea.

Proprio nel perseguire tale fine la tutela dei diritti ha un valore sistematico e l'interpretazione deve procedere con cautela, con la consapevolezza che il bilanciamento dei diritti civili e sociali è difficile e che la tutela giurisprudenziale certo non può risolvere ogni problema. Lo stesso rapporto, in un sistema integrato, fra Corte di Strasburgo e giudici nazionali deve dare risposta a tutti i soggetti coinvolti che sono più garantiti da una pronuncia di incostituzionalità che da pronunzie di disapplicazione diverse a seconda della sede giudiziaria che ha emesso il provvedimento sul caso singolo.

Un esempio è fornito dalle stese sentenze costituzionali in tema di esproprio della proprietà che sono state lette come affermazione dell'ideologia proprietaria o come l'opposto, quando invece esse affermano, nella sostanza, che i diritti sociali hanno un costo sicché l'indennità non può, in certi casi, corrispondere al valore venale del bene come il legislatore interno ha compreso diversificando le ipotesi di indennizzo a seconda dell'interesse concreto da soddisfare.

⁵⁴ V da ultimo G. ALPA,

5. Le questioni aperte e il valore concreto della coesione sociale.

Come è stato di recente posto in luce con grande lucidità⁵⁵ il tema dei diritti ha negli ultimi quindici anni fatto emergere un conflitto sempre più aspro⁵⁶ e posto in luce alcune questioni aperte.

Prima fra tutte il problema del fondamento e del contenuto. Nelle Costituzioni si è abbandonato una prospettiva ideologica o ontologica per assegnare ad alcune situazioni un valore centrale e dominante come *a priori* su cui si basa la legittimità stessa dell'ordine giuridico che non può essere modificato neppure da una modifica costituzionale. Sicché i diritti superano i poteri della maggioranza e sollevano tensioni evidenti⁵⁷.

D'altra parte è noto che il modello costituzionale si era ispirato ad un metodo che ha avuto molto successo. Glissare sui fondamenti che avrebbero diviso e puntare sui contenuti ove diverse impostazioni ideologiche avrebbero confluito. La strategia ha funzionato nelle Carte nazionali e nella Dichiarazione Universale dell'ONU e i diritti sono divenuti fondamentali anche se "in-fondati". Solo che c'erano allora ragioni storiche che avevano consentito e sorretto questa strategia. Dalla tragedia della guerra alla volontà di abbattere i totalitarismi. E' legittimo il dubbio che quella spinta ideale possa oggi essere ancora del tutto efficiente e il problema del fondamento ritorna con molta vivacità nell'azione politica e nel dibattito filosofico⁵⁸.

La verità è che il quadro valoriale che aveva il suo vigore nel primo dopoguerra si è attenuato per una serie di fattori che si può elencare ponendo in luce due aspetti sugli altri.

Come si è accennato nelle pagine precedenti la cornice del Welfare State aveva retto sino agli anni 80 per ripiegarsi poi di fronte alla crisi dello Stato nazionale e dell'economia globale sotto la spinta di un ritorno del liberismo economico e di una terza via politica sperimentata per un ventennio in America e nel vecchio continente. La crisi della crescita e della redistribuzione non ha offuscato il carattere strategico dei diritti sociali senza i quali non esiste

⁵⁵ P. COSTA, *Relazione fiorentina del 15 aprile 2011*

⁵⁶ S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, cit.

⁵⁷ Appaiono due immagini contrapposte: una democrazia costituzionale che si identifica con i diritti fondamentali e una idea diversa per cui ogni generazione deve fare i conti con i diritti e con la loro evoluzione. Se la prima visione è del tutto prevalente rimane un punto di acuta frizione fra l'idea di una fissità delle situazioni fondamentali e il ruolo del consenso in un determinato assetto istituzionale.

⁵⁸ L. FERRAIOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit.

P.COSTA, *Relazione fiorentina del 15 aprile 2011*



una vera democrazia ma li ha resi meno evidenti nella coscienza collettiva.

Sotto un diverso profilo in Europa si è avvertito con forza il problema di un'identità politica dei soggetti che debbono riconoscersi in una comunità per sentirsi parti di un vero progetto politico. Habermas ha teorizzato con successo una identificazione fra diritti e comunità politica ma resta il dubbio che ciò sia alla lunga sufficiente in Italia e in Europa. Per una ragione chiara.

I diritti costituzionali non sono il fondamento immobile di un ordine preconstituito ma sono fragili e debbono essere riconosciuti e fissati nel loro contenuto di generazione in generazione.

Resta da precisare quale progetto politico sia oggi più funzionale e efficiente e i modelli sono due.

Un nuovo ordine positivo da affidare ai Parlamenti nelle forme più adatte o ancora una stagione che affidi la priorità ad un dialogo fra la legge e l'interpretazione di un assetto istituzionale basato su acquisizioni progressive, in un confronto fra una attualità sempre più frantumata e un sistema di fonti ove regole e principi debbono innervarsi nelle tecniche di soluzione di casi difficili e complessi.

La realtà ci mostra che in Italia e in Europa la scelta più giusta è la seconda. Il rifiuto di una costituzione europea e l'impossibilità, in questo momento storico, di ipotizzare una modifica completa e strutturata della costituzione italiana indicano a tutti una sola strada che sollecita le Corti la scienza giuridica e politica ad uno sforzo di fantasia, cautela e coraggio a cui sono affidate le speranze di un più ordinato e maturo assetto istituzionale.

Il valore da attuare in concreto è chiaro e segni positivi sono evidenti nelle "intime fibre della società"⁵⁹.

Nel dopoguerra i processi di sviluppo sono stati generati dalla volontà collettiva di uscire dalla povertà; poi ci si è affidati alla ricerca di un benessere esteso ad ampi strati della popolazione; poi ancora all'individualismo imprenditoriale e del lavoro autonomo. Alla base vi è stato sempre un forte impulso dell'impegno personale e una carica promozionale dei soggetti intermedi che è mancato negli ultimi quindici anni.

L'osservazione del presente attesta la ripresa di interessi e strategie collettive⁶⁰.

Basta pensare in Italia alla vitalità dei distretti⁶¹, alla unificazione delle grandi centrali cooperative, alla tendenziale "unità di presenza esterna" delle rappresentanze bancarie e assicurative, ai fenomeni che interessano alcuni Ordini professionali, sino alla

ripresa di vitalità dello stesso ruolo dei partiti⁶², e soprattutto alla diffusione della riflessione teorica sulla coesione sociale⁶³. Nell'Unione europea si debbono prendere sul serio le varie iniziative legislative per prevenire abusi e precisare l'esercizio dei diritti sociali fondamentali nel quadro dell'esercizio delle libertà economiche⁶⁴.

Vale per tutti un monito prezioso di Nietzsche sul modo in cui ogni generazione deve costruire il proprio mondo. Ricordando e dimenticando insieme. Non possiamo subire la storia ma occorre dimenticare e ricordare. I padri costituenti nel vecchio continente ricordarono l'800 e le rivoluzioni borghesi, ebbero ben presenti le esigenze di coesione sociale e vollero dimenticare i totalitarismi e la tragedia della guerra.

Quel progetto va difeso e attuato in sintonia con i tempi che esigono il rifiuto dei tentativi di delegittimazione della Carta ma anche la volontà di progettare con forza il futuro ascoltando il respiro sempre nuovo del mondo.

⁵⁹ G. De Rita, *op. cit.*

⁶⁰ AA.VV., *Luigi Einaudi: Libertà economica e coesione sociale*, cit.; il dibattito estivo su Keynes sul Sole 24Ore dal luglio al settembre del 2010 in www.ilsole24Ore.com; R. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, con prefazione di G. Rossi, Università Bocconi editore, 2010; G. BAZOLI, *Chiesa e capitalismo*, Morcelliana, 2010; sul modello di capitalismo renano contrapposto a quello anglosassone C. MAGRIS, *Solidarietà, efficienza, comunità*, in *Corr.Sera*, 13 febbraio 2011 e il richiamo a M. ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo*, Il Mulino, 1993; E. BERSELLI, *L'economia giusta*, cit.; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Rubbettino, 2008.

⁶¹ v. da ultimo Comunicazione della Commissione del 13 aprile 2011 (Atto per il mercato unico) che propone 12 leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia dei cittadini, in <http://ec.europa.eu/internalmarket/smact/indexfr.htm>

⁵⁹ G. DE RITA, *Quei segni di vitalità che fanno ben sperare*, in *Corr. Sera*, 30 aprile 2011.

⁶⁰ G. DE RITA, *op. cit.*

⁶¹ Sole 24Ore



LIBERTA' CONTRATTUALE E UTILITA' SOCIALE

Di Salvatore Mazzamuto

Professore ordinario di Diritto civile dell'Università di Roma Tre

SOMMARIO: 1. Dalla funzione economico-sociale alla funzione economico-individuale del contratto. – 2. Le diverse dimensioni della funzione sociale nel diritto italiano. – 3. La funzione sociale nel diritto europeo. – 4. Il quantum di indennizzo nell'espropriazione per pubblica utilità. – 5. Escludere determinati beni dal mercato? L'esempio dei Servizi Sociali di Interesse Generale in ambito europeo. – 6. Servizi Sociali di Interesse Generale, diritti fondamentali e art. 41 cost.

1. Dalla funzione economico-sociale alla funzione economico-individuale del contratto.

Il tema di questo mio contributo nell'odierno incontro consente di cogliere le linee evolutive del dialogo tra autonomia privata e ordinamento giuridico in vista di una sua riproposizione nello scenario europeo. Il binomio libertà contrattuale e utilità sociale inevitabilmente ci porta, infatti, ad analizzare il rapporto tra l'autonomia privata, quale espressione dell'interesse particolare per l'appunto dei privati, e l'ordinamento giuridico, quale espressione dell'interesse generale della *societas*, per rispondere al quesito sul come e in che limiti la prima acquisti rilevanza all'interno del secondo¹. L'interesse che

esso suscita è ravvivato, inoltre, dalla recente proposta parlamentare di revisione dell'art. 41 cost. sulla libertà d'iniziativa economica.

Il dialogo tra autonomia privata e ordinamento giuridico assume connotati cangianti a seconda del periodo storico cui ci si riferisce e indica nelle concezioni di causa del contratto, quale veicolo per il cui tramite il programma negoziale procede dall'individuo alla società, l'elemento di sua decifrazione. Nelle diverse concezioni di causa s'intravede, infatti, il differente modo di porsi della libertà contrattuale rispetto all'ordinamento.

¹ In questa prospettiva il privato non è più preso in considerazione quale *singulus*, ma quale *socius*: cfr. T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Diritto dell'economia*, 1955, 1179 e Problemi giuridici, I (Milano 1959), 69 s.; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*², I (Milano 1976), 184 s.; S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 190 s.; L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 444.

(*) Relazione svolta al convegno "Diritto civile e principi costituzionali europei ed italiani", 25-26 marzo 2011, Università degli studi di Perugia.

La libertà sovrana dell'individuo, figlia della rivoluzione francese, risulta così alla base del *Code Civil*, nel cui contesto l'intervento statale, in controtendenza rispetto alle idee classiste dell'*ancien regime*, volendo perseguire l'obiettivo di una potenziale quanto utopica eguaglianza di tutti mira a garantire loro la medesima libertà.

D'altra parte, nell'economia dell'epoca, ove gli schemi giuridici fondamentali si individuano nella proprietà e nel contratto, appare facile assicurare ai privati il libero sviluppo dei loro interessi e ciò in quanto tali interessi risultano al contempo subordinati agli interessi generali e funzionalmente differenziati da essi².

Il progresso economico, la rivoluzione industriale e, infine, la comparsa dei regimi totalitari pongono al centro della scena lo Stato imprenditore e coordinatore della vita economica e degradano l'individuo a mero partecipante tenuto a contribuire al benessere della comunità. La conseguenza è l'assottigliamento, sino a scomparire, della linea di separazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato con l'espansione del primo a discapito del secondo: molte delle attività economiche prima di spettanza dell'autonomia privata vengono assorbite dallo Stato in virtù del perseguimento dello sviluppo dell'economia nazionale³.

Dello spirito del nuovo statalismo sono tributarie la dottrina a cavallo dell'emanazione del codice civile del 1942, nonché la stessa Relazione al codice, che definiscono la causa del contratto come espressione della sua funzione economico-sociale. In quest'ottica, il contratto viene in buona misura soffocato dall'invadenza dell'ordinamento giuridico, sicché il trapasso dalla regola privata particolare alla regola giuridica generale avviene solo ove al sod-

disfacimento degli interessi privati particolari corrisponda la realizzazione del fine sociale generale⁴.

Al di là della nota commistione tra causa e tipo provocata dalla lettura in esame ciò che preme sottolineare in questa sede è il totale assorbimento degli interessi privati nell'interesse pubblico. Secondo tale linea di pensiero, l'autonomia privata si manifesta *a priori* nella realtà effettuale su di un piano, pertanto, «extragiuridico» e va intesa in questa dimensione come il fatto sociale dell'autoregolamento di interessi propri, il quale è reso poi rilevante dall'ordinamento: «l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi già esplicano sul terreno sociale»⁵. La funzione economico-sociale, quindi, impoverisce la libertà delle parti fino a ridurla alla scelta delle strutture contrattuali tipizzate dal legislatore o avvalorate dalla prassi, vale a dire delle manifestazioni pregiuridiche dell'iniziativa economica dei privati che, una volta recepite e rielaborate dall'ordinamento, si trasformano in funzioni economico-sociali selezionate e qualificate perché utili al raggiungimento del fine sociale generale. Detto con le parole di Emilio Betti «il riconoscimento dell'autonomia privata da parte dell'ordine giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione per cui il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci viene assunto nella sfera del diritto ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico (...). È di competenza dei singoli determinare, nei rapporti fra loro, gli *scopi pratici* da raggiungere e le *vie* da seguire nel dare assetto ai propri interessi. È di competenza dell'ordine giuridico sceverare e valutare alla stregua di finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli sogliono perseguire, prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità e di efficacia e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue, tali cioè da tradurre in atto con la massima approssimazione le funzioni sociali cui quegli scopi corrispondono»⁶.

La lettura della causa come funzione economico-sociale mette in risalto, dunque, i limiti posti alla libertà contrattuale dall'ordinamento, il quale ne comprime il profilo innovativo chiudendola entro schemi di attività disposti *a priori* e selezionati alla luce della loro propedeuticità alla realizzazione dell'interesse pubblico: lo spazio dell'agire del privato è reso conforme al disegno dallo Stato per la salvaguardia dell'interesse dell'economia nazionale.

² G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 161 s.

³ Sulla concezione del rapporto tra pubblico e privato dell'epoca cfr. U. SPIRITO, *La crisi del capitalismo e il sistema corporativo*, in *La crisi del capitalismo*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa (Firenze 1932), 140 s.; AA. VV., *L'economia corporativa*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa (Firenze 1933); AA. VV., *Nuove esperienze economiche*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa (Firenze 1934); G. BOTTAI, *Prefazione*, in *L'economia programmatica*, a cura di G. Bottai, Firenze, 1933; cfr. F. VASSALLI, *Codice civile*, Enciclopedia italiana, App. II (A-H), 1938-1948, 633. Su cui di recente v. G.B. FERRI, *La formula «funzione sociale» dalla cultura del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Riv. dir. priv.*, 2003 e ora *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, 307 s., spec. 311 s.

⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², a cura di G. Crifò, Napoli 1960, rist. corretta 2002, 43 s., 170 s.

⁵ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 51 e v. anche SALV. ROMANO, *Autonomia privata*. (Appunti), Milano, 1957, 10 s.

⁶ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 84-86.

La tesi in parola viene com'è noto confutata nella seconda metà degli anni '60, tramite il capovolgimento della prospettiva di lettura delle norme sul diritto delle obbligazioni e dei contratti, che muove dall'idea del diritto privato come diritto di libertà e quindi pone al centro dell'indagine l'agire dell'individuo libero di realizzare qualsivoglia interesse «meritevole di tutela»⁷.

Il riferimento della causa alla funzione economico-sociale appare in contrasto con lo stesso ruolo che ad essa viene assegnato dal legislatore all'art. 1325 c.c. quale elemento del contratto: la funzione economico-sociale è estranea al programma delle parti in quanto espressione di un ordine di valutazioni che discende dall'ordinamento, la norma del codice assegna, viceversa, alla causa il ruolo di elemento essenziale del contratto. Se la causa esprime al contempo la funzione e l'elemento del programma negoziale è logica conseguenza che su questo secondo termine rilevi la volontà del singolo riversata nel contratto⁸.

La causa quale elemento essenziale del contratto svolge il ruolo di coordinatore dell'intera operazione economica ed esprime la funzione che quest'ultima svolge per i soggetti che la pongono in essere, in questo senso la causa viene definita quale funzione economico-individuale⁹.

Il dialogo tra autonomia privata e ordinamento muta la sua fisionomia, ponendo, come si è anticipato, la prima al centro dell'indagine, quale «elemento motore» del diritto privato non più costretto dalla ricerca delle tecniche che soddisfino nel modo più congruo il rapporto tra attività negoziale e ordinamento giuridico. L'art. 1322 c.c. conforta la lettura in discorso configurando l'autonomia privata come libertà di scelta tanto del mezzo quanto del fine da perseguire, ma il secondo è in funzione del primo e come tale oggetto di una valutazione *a posteriori* che l'accoglie o lo respinge¹⁰.

In quest'ottica, i tipi contrattuali assumono la veste di meri schemi esemplificativi di contratti cui il privato può aderire pedissequamente ovvero modificarli in ragione della maggior corrispondenza al suo interesse o ancora non aderirvi proponendone di nuovi. Il tipo non costituisce, in altri termini, un limite all'attività del privato la quale non risulta assorbita o indirizzata *ex ante* dall'ordinamento, ma piuttosto controllata *ex post*. Tipicità e atipicità non

mutano, inoltre, il giudizio *ex art.* 1322 c.c., giacché il tipo non pone un problema di meritevolezza dell'interesse perseguito, bensì un problema di disciplina applicabile: «la tipicità lungi dall'essere un sicuro e vincolante criterio di meritevolezza, non fa altro che esserne, al più, un *sintomo* non sempre sicuro»¹¹.

2. Le diverse dimensioni della funzione sociale nel diritto italiano.

La lettura del diritto delle obbligazioni e dei contratti dalla prospettiva del singolo non cancella di certo l'incidenza dello Stato sull'attività privata, ciò che muta è la prospettiva di lettura del rapporto tra attività contrattuale e legge. In questo senso, autonomia privata legge e giudice partecipano tutti della creazione del diritto dei privati, ma ognuno secondo il ruolo e la funzione che gli compete¹².

In ambito codicistico, la funzionalizzazione del diritto privato a scopi di utilità sociale avviene per lo più in vista della tutela di interessi di alcune categorie di soggetti che il bisogno di protezione fa assurgere a interesse diffuso della cui salvaguardia si fa carico lo Stato intervenendo sulla libertà contrattuale del soggetto in posizione, per così dire, più vantaggiosa¹³.

Un sintomo di questa tendenza si rintraccia in alcune disposizioni tese a incidere sul libero dispiegarsi dell'autonomia nella fase delle trattative o comunque della costituzione del rapporto o che impongono un determinato contenuto contrattuale.

Il primo tipo di intervento si ha con l'obbligo a contrarre del monopolista previsto dall'art. 2597 c.c. che mira a garantire la disponibilità di determinati servizi da parte di soggetti sprovvisti di potere economico e li sottrae, quindi, alla logica del mercato concorrenziale rendendoli liberamente accessibili. La norma in esame compie un temperamento del vantaggio dell'imprenditore garantitogli dalla condizione di monopolista legale (ma anche di fatto)¹⁴,

¹¹ FERRI, *Causa e tipo* cit., 253.

¹² Al riguardo rinvio alle riflessioni compiute nel mio saggio *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 626 s.

¹³ Nella letteratura italiana v. sin d'ora M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974. Per il diritto tedesco cfr. E. EICHENHOFER, *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 193 s.

¹⁴ L'applicazione analogica della regola di cui all'art. 2597 c.c. anche ai monopoli di fatto poggia sull'interpretazione di essa non già come norma eccezionale dalla prospettiva dell'obbligo a contrarre, bensì come norma generale dalla prospettiva dei rapporti tra imprenditori e consumatori sui mercati ad impianto monopolistico: cfr. L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, Art. 2597, Comm. Schlesinger, Milano 1992, 31 s., spec. 205 s.

⁷ Cfr. FERRI, *Causa e tipo* cit., *passim* i cui studi risentono, com'è noto, dell'influenza del pensiero di F. VASSALLI, *Estraneità del diritto civile*, Studi giuridici, III, 2, Milano, 1960, 753 s. Al riguardo v. il mio *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Europa dir. priv.*, 2009, spec. 609 s.

⁸ FERRI, *Causa e tipo*, cit., 364 s.

⁹ FERRI, *Causa e tipo*, cit., 370-371.

¹⁰ FERRI, *Causa e tipo*, cit., 258.



la quale gli attribuisce sia la libertà di scelta del contraente sia la libertà di determinazione del contenuto del rapporto, tramite il soddisfacimento dell'interesse degli utenti alla non arbitrarietà nelle modalità di destinazione dei beni¹⁵.

Il secondo tipo di intervento si rinviene nella disciplina di cui all'art. 1339 c.c.: «Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti». La disposizione in parola esprime la tendenza del legislatore a sacrificare l'autoregolamentazione privata degli interessi da parte dei contraenti in virtù della necessità del soddisfacimento dell'interesse generale dell'ordinamento che viene perseguito mediante una sorte di operazione ortopedica. Lo strumento utilizzato per ottenere tale scopo è la predisposizione di norme il cui peculiare carattere imperativo produce in caso di loro violazione non già la nullità dell'atto ad esse contrario, bensì la sostituzione della clausola invalida con quella legale. L'art. 1339 c.c. prevede delle norme impositive con le quali il legislatore persegue un determinato assetto di interessi¹⁶.

A livello costituzionale, il dialogo tra autonomia privata e legge è regolato dall'art. 41, il quale riferendosi alla libertà di iniziativa economica non può non concernere anche la libertà contrattuale e ciò in quanto ogni atto dell'autonomia privata costituisce l'esercizio del potere di iniziativa economica, sicché i limiti posti a quest'ultimo si riflettono anche sulla prima¹⁷.

L'*incipit* della norma costituzionale conferma la prospettiva di lettura che muove dalla libertà di azione dell'individuo: «L'iniziativa economica privata è libera». Ai commi 2 e 3 tale libertà è poi regolata e temperata mediante la predisposizione, da un lato, di limiti c.d. negativi, che precludono lo svolgimento dell'attività economica in contrasto con l'utilità sociale, con la libertà oppure con la dignità umana e danno la stura a rimedi come la nullità, e,

dall'altro lato, mediante l'imposizione di limiti c.d. positivi, che consistono nell'introduzione del principio della programmazione dell'attività economica per il conseguimento di fini sociali, sicché allo scopo dell'eventuale eliminazione degli atti in contrasto con tali fini si aggiunge quello dell'imposizione di obiettivi socialmente rilevanti¹⁸. Le due forme di limitazione ora menzionate tendono, poi, ad intersecarsi in quanto le due istanze egalarista e solidaristica di cui al 2° comma si sovrappongono ai fini sociali, scongiurando una legislazione economica che in contrasto con la tutela della persona umana: le leggi sul lavoro debbono consentire al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 cost.); le leggi sanitarie non possono imporre comportamenti che violino i limiti derivanti dal rispetto della persona umana (art. 32 cost.); le pene non possono estrinsecarsi in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 cost.). La Costituzione subordina, in questo senso, l'efficacia giuridica del precetto dell'autonomia privata alla tutela della persona umana¹⁹.

Il legislatore costituzionale abilita in tal modo l'ordinamento alla creazione, accanto al sistema codicistico, di c.d. sottosistemi legislativi socialmente orientati tramite i quali si effettua una «scorporazione» di aree a forte impatto sociale dai principi del diritto dei contratti istituendo modelli di circolazione e distribuzione della ricchezza alternativi a quelli del mercato tramite la loro sottrazione alla libera contrattazione dei privati²⁰.

Tali forme di legislazione speciale attraverso una riduzione del carattere generale e astratto delle norme sul diritto dei contratti provocano una sorta di isolamento di alcuni settori dell'attività economica in cui il perseguimento della libertà contrattuale non può non essere raggiunto se non attraverso l'attribuzione di rilevanza allo *status* rivestito da particolari categorie soggettive che risultano svantaggiate rispetto alle altre. L'intervento legislativo si traduce, quindi, nell'imposizione di determinate procedure alternative di formazione del contratto, tramite il ricorso ad es. alla contrattazione collettiva, nella conformazione del contenuto contrattuale per imporre un determinato assetto di interessi, mediante ad es. l'introduzione autoritaria del termine di durata oppure del prezzo per il godimento dei beni.

Esemplare in tal senso appare la legislazione sul diritto del lavoro e sul contratto di locazione di im-

¹⁵ Cfr. L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio* cit., 3 s.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 382 s. spec. 384.

¹⁶ Così BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., 388.

¹⁷ Cfr. sul punto anche G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, 190: «Nella Costituzione l'autonomia privata [...] viene in rilievo come uno degli aspetti del problema della tutela della persona e della sua libertà, intesa come libera disponibilità di interessi ed iniziative». Nonché G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi*, Napoli, 1991, 97 s.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 9 s.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 29 s.

¹⁸ Cfr. sul punto BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., 388 s.

¹⁹ Così ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, cit., 200.

²⁰ Cfr. Così BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., 391 s.

mobili ad uso abitativo degli anni '70²¹. Le deroghe ai principi contrattuali si estendono, poi, dall'attività di predisposizione del testo contrattuale a quella di interpretazione del contratto e investono, pertanto, l'organo giudicante il quale è tenuto a svolgere il proprio compito ermeneutico alla luce dei parametri forniti dalla legislazione speciale. Ritorna, dunque, il moto più volte richiamato che parte dall'autonomia privata passa per la legge e approda al giudice.

Un ulteriore esempio di torsione di istituti di diritto privato per scopi di utilità sociale è costituito dalla disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità in attuazione dell'art. 42, co. 3, cost. secondo cui «La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale». In quest'ultima fattispecie, il sacrificio dell'interesse del singolo per fini superindividuali si traduce, non solo nella privazione del diritto di proprietà sul bene, ma anche nella riduzione del suo valore di mercato, il quale, secondo la recente sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007, se per un verso non può identificarsi con il 50-30 % del valore di mercato del bene sostanzialmente previsto dall'art. 5 *bis* d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito dalla l. 8 agosto 1992 n. 359, per altro verso non può essere commisurato al solo valore di mercato del bene, in quanto dei livelli troppo elevati di spesa per «l'espropriazione di aree edificabili per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata»²².

Il connubio tradizionale tra autonomia privata e utilità sociale, quindi, si è per lo più incentrato o nel condizionamento del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti *ex art.* 1322 c.c. anche alla luce di istanze di ordine generale saldamente ancorate alle politiche socio-economiche del momento o nell'arricchimento della componente causale di taluni contratti attuata tramite la funzionalizzazione dei medesimi al perseguimento anche di obiettivi di carattere generale o *lato sensu* pubblico. Questo duplice movimento è coinciso con la stagione dell'intervento pubblico nell'economia in

²¹ Ci si riferisce rispettivamente alla l. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori) e alla l. 27-7-1978 n. 392 in forza della quale ad ogni unità immobiliare corrispondeva un canone «equo». Questa normativa è stata com'è noto successivamente abrogata, dapprima e solo parzialmente, tramite il d.l. 11-7-1992 conv. in l. 8-8-1992 n. 359 e, successivamente, dalla l. 9-12-1998 n. 431. Al riguardo cfr. AA. VV., *Il controllo sociale delle attività private*, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1977, 115 s., 285 s.

²² Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348.

ossequio per l'appunto al principio dell'art. 41, comma 2, Cost. e con il massimo sviluppo delle politiche dello Stato sociale.

L'odierno regresso del concorso pubblico nella produzione di beni e servizi a favore del mercato su base concorrenziale e l'alleggerimento dello Stato sociale sembrano favorire in prospettiva una combinazione rinnovata di autonomia privata e utilità sociale, che potrebbe essere etichettato come utilità sociale per delega. Alcuni servizi e benefici a favore della collettività in precedenza erogati dallo Stato rischiano di rimanere sempre più affidati, in tutto o in parte, alla privata regolazione ed emblematica in tal senso appare l'evoluzione subita dal contratto di assicurazione sulla vita. Concepito nella sua struttura base come contratto con causa previdenziale, poiché finalizzata a far ottenere all'assicurato-beneficiario, in concomitanza con il verificarsi di un evento della vita umana, una somma superiore all'ammontare dei premi pagati e destinata a soddisfare i bisogni del beneficiario medesimo provocati dall'evento previsto nel contratto²³, il contratto di assicurazione sulla vita potrebbe divenire lo strumento di una delega all'autonomia privata più massiccia di quanto non risulti già oggi da parte dello Stato per fare fronte alla sua ridotta capacità di erogare prestazione previdenziali. E d'altro canto la causa previdenziale trova nella Carta costituzionale un riconoscimento chiaro costituito dall'art. 38, comma 5, Cost.²⁴.

È uno scenario questo già in parte attuato, come non hanno mancato di sottolineare le Sezioni unite della Corte di Cassazione, segnalando che il contratto di assicurazione sulla vita si è caricato del ruolo di «terzo pilastro» della previdenza sociale, come conseguenza delle «crescenti difficoltà dello Stato sociale, che sull'apporto integrativo dell'assicurazione privata deve necessariamente contare»²⁵.

Lo stesso contratto di assicurazione sulla vita è, però, nel frattempo divenuto il terreno su cui si è sviluppato un fenomeno almeno apparentemente poco compatibile con il perseguimento per via con-

²³ F. SANTORO PASSARELLI, *Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Ass.*, 1962, 45; FANELLI, *Prestazione di rendita e assicurazione di rendita: note preliminari per la disciplina della previdenza integrativa*, *ivi*, 1987, 213 ss.; G. SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Milano, 1992, ss.; P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 90 ss.

²⁴ A. GAMBINO, *Linee di frontiera tra operazioni di assicurazione e bancarie e nuove forme tecniche dell'assicurazione mista sulla vita a premio unico*, in *Ass.*, 1993, 164 ss.

²⁵ Cass., s.u., 31 marzo 2008, n. 8721, in *Corr. giur.*, 2008, 1405 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1282 ss. Sul punto v. E. GUFFANTI, *La funzione previdenziale dei contratti assicurativo-finanziari*, in *Le Società*, 2011, 56 ss.



trattuale di finalità di interesse generale. Si allude all'espansione della logica mercantile e al difendersi dell'obiettivo della redditività grazie ai quali il contratto di assicurazione sulla vita è stato piegato a finalità di finanziamento, ora di investimento ora di risparmio. La prassi commerciale ha elaborato una pluralità di varianti di cui il legislatore ha preso atto riconducendo le diverse tipologie in sei classi, ossia in sei classificazioni impennate su classi omogenee di rischi o di operazioni. Soltanto le figure rientranti nei rami I (assicurazioni sulla vita umana), II (assicurazioni di nuzialità e natalità) e IV (assicurazioni di lunga durata per il rischio di invalidità grave) conservano finalità previdenziale e ciò costituisce forse il segno dell'attuale egemonia della propensione individualistica al profitto dell'autonomia privata, cui soltanto la riscoperta di aree della vita sociale inadatte alla sottoposizione alla logica del mercato può fare da argine.

3. La funzione sociale nel diritto europeo.

Il quadro normativo sinteticamente delineato, dopo un lento tramonto negli anni '80 dovuto all'avvento del c.d. neoliberalismo, sembra ora sovvertito dalla proposta di legge costituzionale, cui si accennava all'inizio di questo intervento, la quale prevede la sostituzione del testo dell'art. 41 cost. con il seguente: «L'iniziativa economica privata è libera e deve svolgersi in condizioni di concorrenza. Chi la intraprende ne è esclusivo responsabile»²⁶.

Il testo in commento espunge, infatti, dalla c.d. costituzione economica ogni riferimento all'utilità sociale, predicando il ripudio di ogni forma di intervento statale nell'economia, e al contempo conferisce dignità costituzionale al principio della concorrenza che già la dottrina aveva intravisto nel nuovo testo dell'art. 117 cost.²⁷.

Di primo acchito ritengo che il liberismo estremo predicato dalla proposta di revisione costituzionale non convinca e che lo Stato debba continuare a presidiare la circolazione economica di determinati beni che rispondono a precise esigenze del cittadino ma ciò per ragioni che non sono ideologiche e si collegano ai principi "costituzionali" dell'Unione europea, i quali diversamente dall'opinione dei proponenti²⁸ non sembrano incarnare il mito

dell'Europa del tutto prona al mercato concorrenziale²⁹.

Nella concezione per così dire classica, quella certamente presupposta nel corso della seconda metà del '900, il rapporto tra autonomia privata e utilità sociale implicava anche il primato della politica ossia la subordinazione dell'autonomia privata alle scelte di tipo economico-sociale compiute dagli organi di governo. Talora queste scelte si sono tramutate nella salvaguardia di categorie sociali da proteggere ma in altri casi si sono tradotte nell'individuazione di obiettivi contingenti.

A tale riguardo non si può certo sostenere che nell'assetto imposto dall'Unione europea si sia smarrita la propensione al sostegno delle categorie sociali più svantaggiate (anziani, bambini, lavoratori, donne etc.) o la generica tensione alla salvaguardia del soggetto contrattualmente più debole senza però alcuna coloritura sociale³⁰. Quel che muta è il rapporto tra politica e autonomia privata: la prima può imporre i suoi obiettivi alla seconda soltanto a condizione di una loro ampia condivisione, la quale addirittura passa per la loro "costituzionalizzazione". Al di là del tracciato costituzionale e dei difficili compromessi consacrati nel testo dei Trattati, l'autonomia privata regna indisturbata e gli obiettivi politici vanno perseguiti tramite canali diversi dal suo proprio.

La proposta di riforma dell'art. 41 cost. appare, pertanto, paradossalmente in controtendenza con il diritto europeo laddove in esso, anche se in misura diversa da quella cui siamo abituati, prevede delle forme di compressione dell'autonomia privata per il soddisfacimento di interessi generali.

Il quesito da porsi deve essere volto, semmai, alla più esatta individuazione della *ratio* che sottende alle forme di torsione del diritto privato per scopi sociali proposte dal diritto europeo.

Nel diritto europeo dei contratti si rinvengono, specie con riguardo alla tutela del consumatore, forme di compressione dell'autonomia privata finalizzate ad inserire il contratto nel contesto socio-economico e poco praticate per l'innanzi dal diritto

²⁹ V. già i miei rilievi in *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 615 s.

³⁰ La tutela della persona è ormai un obiettivo primario del diritto privato europeo sia sul versante legislativo sia sul versante giurisprudenziale. Basti pensare all'esplicito riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale subito dal consumatore a causa dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento del contratto di viaggio «tutto compreso»: v. dir. 90/314 nonché Corte eur. giust. 12 -3-2002 C-168/2000, www.curia.eu; o ancora alle normative antidiscriminatorie via via succedutesi: le direttive sull'eguaglianza razziale (dir. 00/43) e sul lavoro (dir. 00/78) volte alla protezione dei cittadini contro ogni forma di discriminazione. Infine occorre rammentare che, con il Trattato di Lisbona si è attribuita piena rilevanza giuridica alla tutela dei diritti fondamentali della persona all'interno del TUE.

²⁶ Proposta di l. cost. 15-12-2010, *Modifica dell'articolo 41 della Costituzione, concernente la libertà d'iniziativa economica e il principio della concorrenza*.

²⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 441; Id., *Concorrenza*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, p. 195 s.

²⁸ Cfr. Proposta di l. cost. 15-12-2010, *Modifica dell'articolo 41 della Costituzione*, cit., 4.

interno che sono quelle tendente alla tutela del consumatore. Al contratto informato all'egualitarismo formale e all'idea della tutela indifferenziata del codice civile italiano si contrappone il contratto col consumatore in cui lo *status* rivestito da un soggetto ispira le deroghe ai principi di diritto comune³¹.

La normativa consumeristica muove dalla Carta europea di protezione dei consumatori del 1973 che trova la sua consacrazione, successivamente, nell'art. 100/A dell'Atto Unico europeo del 1987 in cui si demanda alla Commissione l'adozione di atti normativi tesi alla tutela dei consumatori³².

L'intervento *lato sensu* statale sull'autonomia privata si traduce, quindi, in una disciplina volta a garantire effettività all'autodeterminazione del consumatore mediante l'attribuzione a quest'ultimo del diritto di pentimento dall'affare e la previsione di un'ampia tutela del diritto all'informazione sul prodotto da acquistare. La tutela del consumatore si inserisce in realtà a pieno titolo nel *trend* di rimeditazione del rapporto tra Stato ed economia caratterizzato dal lento prevalere della seconda a scapito del primo³³ e, infatti, la compressione dell'autonomia privata che ne consegue ha il fine precipuo di preservare il mercato anche quando tutela il consumatore come parte debole "vittima" dell'asimmetria di potere contrattuale³⁴, tramite l'imposizione di ob-

blighi di informazione al professionista, o come persona bisognosa di consumo, per l'appunto, privilegiando le forme di tutela in forma specifica³⁵.

Nella fase successiva il diritto europeo si orienta in modo più consapevole nel senso della funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale all'obiettivo dell'instaurazione di un mercato il più possibile razionale. Esempari al riguardo sono sia gli obblighi di informazione, che aggiungono al mero riequilibrio dell'asimmetria informativa del consumatore il fine della creazione di un mercato il più trasparente possibile³⁶, sia la disciplina sulla garanzia nella vendita dei beni di consumo, che tramite la c.d. gerarchia dei rimedi e la subordinazione della tutela risarcitoria al fallimento della tutela specifica costituisce un incentivo per i venditori alla creazione di servizi post-vendita³⁷.

Il rimedio contrattuale mira, quindi, a supplire ad una sorta di abdicazione parziale del legislatore alla propria funzione regolatrice dall'alto di determinati settori di mercato, con ciò ispirandosi all'idea dell'autoregolazione dal basso del singolo contratto ancorché per il tramite di una congerie di rimedi minutamente disciplinati: il consumatore ovvero l'impresa c.d. debole rappresentano ormai gli attori in concreto della macrostrategia di mercato predisposta dal legislatore comunitario ed il rimedio la chiave di accensione dell'intero sistema³⁸.

Un primo *caveat*. Le forme di limitazione dell'autonomia privata per fini superindividuali non si esauriscono nella tutela del consumatore in sede contrattuale e non obliterano del tutto la persona. Al riguardo la responsabilità del produttore per i danni cagionati dai prodotti difettosi per la sua coloritura oggettiva si è ritenuto che trovi fondamento sul dovere di solidarietà quale limite alla libera iniziativa economica (artt. 2 e 41 cost.)³⁹. Sempre con riferimento all'esercizio della libertà di impresa la giurisprudenza europea sin dagli anni '70 rammenta che tale libertà è sì basata su di un diritto fondamentale, ma si tratta però di un diritto al contempo limitato

³¹ Cfr. sul punto anche G.B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I e ora Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile cit., 365; N. LIPARI, *Introduzione alla prima edizione*, in *Trattato di diritto privato europeo*², I. (Padova 2003), 16; D. KENNEDY, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 220 s.

³² Cfr. sul punto A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 912 s.

³³ Cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Rel. ind.*, 1983, 195 s.

³⁴ Nella legislazione consumeristica di cui *supra* nel testo una nota dottrina ha voluto intravedere una sorta di regolamentazione alternativa del diritto dei contratti imposta dalla qualifica di «contraente debole» rivestita dal consumatore. Le caratteristiche del paradigma contrattuale alternativo risiederebbero – con una buona dose di approssimazione – nella necessità di procedere al riequilibrio dell'asimmetria di potere contrattuale tra i contraenti. Tale fine costituirebbe, pertanto, la giustificazione delle deroghe ai principi di diritto comune dei contratti come ad es. l'inversione del rapporto di regola-eccezione tra la disciplina sulla vincolatività del contratto e quella sul diritto di recesso con un *vulnus* notevole per la prima a scapito della seconda, la configurazione della c.d. nullità di protezione che, diversamente dalla nullità di diritto comune, risulta esperibile dalla parte debole o "in sua vece" rilevabile dal giudice etc. Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 639 s.; Id., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, *Corriere giur.*, 2009, 267 s.; Id., *Regolazione del mercato e interessi di riferi-*

mento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 19 s.

³⁵ Cfr. sul punto NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 938 s.

³⁶ Cfr. ROS. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 393 s.

³⁷ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Equívoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 1081.

³⁸ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 607 s.

³⁹ Cfr. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 918.



dagli scopi di interesse generale della Comunità pur restando fermo il suo nucleo essenziale⁴⁰.

Sul versante della tutela della concorrenza, poi, una forma di limitazione dell'autonomia privata si può riscontrare nella giurisprudenza comunitaria sulle *essential facility* in cui si prevede una sorta di obbligo a contrarre *a contrario* per le imprese che godono di una posizione dominante garantitagli dalla possibilità di utilizzare determinate infrastrutture il cui utilizzo risulta necessario per la commercializzazione di determinati servizi nel mercato e per preservare il regime di concorrenza (ad es. le compagnie telefoniche). In questo caso ciò che viene formalmente sanzionato è il rifiuto a contrarre che, in determinati settori economici, può esprimere, anziché l'utilizzo lecito ed esclusivo dei diritti di proprietà intellettuale, un abuso di posizione dominante⁴¹.

Questi obblighi a contrarre, per così dire, di nuova generazione differiscono dall'obbligo del monopolista di diritto interno poiché l'accesso al

servizio non avviene in modo automatico e indiscriminato e ciò in quanto la gestione delle *essential facility* implica un ambito di discrezionalità all'interno del quale il rifiuto di contrarre è legittimo. Gli obblighi a contrarre di matrice europea non mirano a preservare il contraente dal potenziale arbitrio dell'impresa dominante, ma tendono all'instaurazione *ex novo* di un mercato concorrenziale nei settori in cui le scorie del passato modello economico assicurano alle vecchie imprese pubbliche la disponibilità di risorse essenziali all'espletamento di determinati servizi, precludendo di fatto l'accesso al mercato alle nuove imprese⁴². In queste ultime fattispecie il sacrificio dell'autonomia privata per fini superindividuali è imposto dal mutamento del contesto socio-economico in cui le contrattazioni sono inserite.

4. Il *quantum* di indennizzo nell'espropriazione per pubblica utilità.

Il dialogo tra l'autonomia privata e l'ordinamento diviene nel diritto europeo il dialogo tra l'autonomia privata ed il mercato⁴³, il limite posto alla prima è rappresentato, quindi, dalla regolazione del mercato al fine di scongiurarne il fallimento e si traduce nell'intervento sui suoi profili strutturali: la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza⁴⁴.

Le forme di compressione dell'autonomia privata per il perseguimento di interessi superindividuali non replicano, quindi, in ambito europeo, le stesse cadenze del diritto interno: l'intervento di matrice europea a tutela di determinate categorie di soggetti non si traduce in metodi alternativi di contrattazione o in politiche di calmierazione dei prezzi⁴⁵, ma

⁴⁰ Cfr. Corte eur. giust. 14-5-1974 C-4-73, www.giurcost.org, punto 14: «Benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi. Per quanto riguarda in particolare la tutela dell'impresa, non la si può comunque estendere alla protezione dei semplici interessi o possibilità d'indole commerciale, la cui natura aleatoria e insita nell'essenza stessa dell'attività economica». Al riguardo cfr. G. VETTORI, *Carta europea e diritti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 674 s.

⁴¹ Cfr. nella giurisprudenza comunitaria Corte eur. giust. 5-10-1988 C-238/87, www.curia.eu; Corte eur. giust. 6-4-1005 C-241/91, www.curia.eu; Corte eur. giust. 26-4-2004 C-418/01 con nota di R. NATOLI, *Diritti di proprietà intellettuale e rifiuto di licenza: osservazioni a margine del caso IMS Health*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 465 s. In dottrina, M. SIRAGUSA, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, Milano, 1998; V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, 79 s.; C. OSTI, *Nuovi obblighi contrarre*, Torino, 2004; Id., *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in *Contratto e antitrust*, a cura di A. Zoppini e G. Olivieri, Roma-Bari, 2008, 26 s.; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra la disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, 121 s.; G. NIZI, *Dalla teoria del monopolio naturale alla "essential facility doctrine": nuove forme di regolazione nel settore dell'energia*, Milano, 2005; E. HAWK BARRY, *Essential facility doctrine and Intellectual property Law: where does Europe stand in the Aftermath of the Ims Case?*, New York, 2005; L. NIVARRA, *Il diritto d'autore*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007, 500 s.

⁴² Cfr. sul punto L. NIVARRA, *Rec. a C. Osti, Nuovi obblighi a contrarre*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 288-289.

⁴³ Cfr. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 21 s. e il mio *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 54 s.

⁴⁴ Cfr. sul punto NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 923 s.; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, cit., 16 s. il cui discorso verte però più che altro sul rapporto tra autonomia privata e diritto della concorrenza.

⁴⁵ Ciò si nota anche nel *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) rispetto al quale si rileva che la mancanza di regole sui prezzi lascia intendere che non vi siano segnali nel senso di giustizia correttiva: è noto che nel Medioevo la più importante applicazione di questo principio, sulla scia della tradizione Aristotelica, fu la teoria del giusto prezzo. Tale teoria non è stata fatta propria dal DCFR, al contrario, il prezzo è espressamente escluso dal controllo delle clausole sleali ed al riguardo non è fornita nessuna spiegazione. Così M. HESSELINK, *The CFR and*

tutt'al più in maggiori obblighi contenutistici che dalla prospettiva del contraente debole assumono la veste dell'etero-imposizione di un regolamento contrattuale cui non si è partecipato e si è costretti ad aderire indotti dal bisogno di consumo.

In altri termini, il diritto europeo non sembra garantire alle c.d. fasce deboli tecniche di accesso ai beni essenziali, ma pone le regole di funzionamento del mercato nel modo più corretto possibile; il prezzo di scambio è stabilito, per l'appunto, dal corretto svolgimento delle libere contrattazioni, salvo – come si preciserà meglio in seguito – la sospensione del mercato medesimo.

L'intangibilità del prezzo trova conferma nella vicenda legata al vivace scambio di vedute tra Corte costituzionale e Corte dei diritti dell'uomo sul tema del *quantum* di indennizzo dovuto in caso di espropriazione per pubblica utilità⁴⁶: mi limito in questa sede a ripercorrere i punti relativi al tema che ci occupa della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande camera) nel c.d. caso Scordino⁴⁷.

Com'è noto, in tale fattispecie la Corte ha vagliato la compatibilità dei parametri fissati dall'art. 5 bis 1. 359/1992 per la determinazione dell'indennizzo espropriativo con il principio del rispetto del diritto di proprietà, tutelato dall'art. 1, protocollo n. 1, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, Conv. eur. dei diritti dell'uomo secondo cui «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale»⁴⁸. Più in particolare i

giudici di Strasburgo hanno condannato lo Stato italiano in quanto la misura dell'indennizzo corrisposto al soggetto espropriato era risultato non ragionevole e sproporzionata rispetto al valore del bene e ciò a prescindere dalla legittimità della procedura di espropriazione e dalla ricorrenza effettiva dell'interesse pubblico sotteso. Nello specifico la Corte dei diritti dell'uomo rileva che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo al fine della quantificazione dell'indennizzo rende necessario tenere presente il contesto in cui il provvedimento ablativo si inserisce, nel senso che non tutte le espropriazioni possono garantire all'espropriato la riparazione integrale. Il principio per cui ogni ipotesi di ingerenza nel diritto di proprietà deve essere effettuata tramite un contemperamento tra gli interessi sociali e gli interessi privati si risolve, infatti, secondo la Corte nell'assunto per cui nell'espropriazione giustificata da un «ordinario» fine di pubblica utilità – come ad es. la costruzione di una strada – l'indennizzo deve risultare equivalente a quello del bene. La regola in parola è derogabile soltanto qualora ricorrano fattispecie particolari quali ad es. le nazionalizzazioni, il mutamento del sistema costituzionale etc.⁴⁹.

Quel che preme in questa sede sottolineare è che la differente valutazione del *quantum* di indennizzo adottato dai giudici di Strasburgo rispetto ai giudici di diritto interno è segnato, non tanto dalla circostanza che in ambito europeo il diritto di proprietà assume a diritto fondamentale – e ciò sia in forza della Convenzione menzionata sia in forza della Carta di Nizza confluita *ex art.* 6 nel TUE⁵⁰ –, ma più che altro dal fatto che come si è anticipato il sacrificio della sfera dei privati per fini superindividuali segue un linguaggio diverso da quello del diritto interno.

Il modello economico pensato dall'ordinamento comunitario non sopporta, dunque, l'intervento eteronomo sui prezzi i quali sono lasciati alla determinazione delle parti in conformità alle oscillazioni del mercato.

Social Justice in The Politics of the Draft Common Frame of reference, Netherlands, 2010, 106.

⁴⁶ Cfr. al riguardo di recente M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189 s., 197 s.; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 415 s.; A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 115 s.

⁴⁷ C.e.d.u. 26-3-2006, in *Europa dir. priv.*, 2007, 542 s. con nota di R.M. BOVA, *Indennità di espropriazione: l'Italia condannata dalla C.e.d.u.*

⁴⁸ Sempre con riferimento alla disposizione di cui *supra* nel testo lo Stato italiano ha subito, inoltre, ripetute condanne per non aver osservato il principio di legalità nelle ipotesi di espropriazione indiretta della p.a. (c.d. occupazione acquisitiva), ammessa pacificamente dalla giurisprudenza nazionale, pur in assenza di alcuna previsione legale. Cfr. C.e.d.u. 30-10-2003; C.e.d.u. 11-12-2003; C.e.d.u. 17-5-2005; C.e.d.u. 13-10-2005; C.e.d.u. 13-10-2005; C.e.d.u. 15-11-2005; C.e.d.u. 15-12-2005; C.e.d.u. 12-1-2006; C.e.d.u. 5-10-2006; C.e.d.u. 21-12-2006. In dottrina cfr. R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006; GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 119 s.; COMPORTI, *La proprietà europea*, cit., 196 s.

⁴⁹ Cfr. C.e.d.u. 21-2-1986; C.e.d.u. 8-7-1986; C.e.d.u. 25-3-1999; C.e.d.u. 22-6-2004.

⁵⁰ Al riguardo cfr. A.L. VALVO, *L'Unione Europea dal Trattato "costituzionale" al Trattato di Lisbona. Le istituzioni, la politica estera e di difesa, i diritti umani*, Roma, 2008, 346 s.; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 653 s.; F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La Comunità internazionale*, 2009, 43 s.; G. GRISI, *L'aporia della norma che impone il patronimico*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 649 s.; G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 116 s.



5. Escludere determinati beni dal mercato? L'esempio dei Servizi Sociali di Interesse Generale in ambito europeo.

Dal quadro delineato emerge che il soddisfacimento di un interesse superindividuale in ambito europeo mira per lo più alla conformazione del contenuto testuale del contratto, ma non a garantire a chiunque la disponibilità di determinati beni: questa sembra essere dunque la mancanza principe del diritto europeo, ma costituisce in realtà la mancanza del mercato concorrenziale.

Al riguardo va ricordata l'opinione che, pur non disdegnando l'intervento statale per tutelare quegli interessi che il mercato di per sé non riesce a realizzare, lo funzionalizza alla tutela della concorrenza, sicché «la funzione della politica di tutela della concorrenza diviene quella di curare il buon funzionamento dei mercati, per finalità di benessere collettivo, intervenendo a correggere le prassi inefficienti che si vengano a determinare»⁵¹.

Tale assunto non convince nella premessa: il voler preservare a livello assoluto il modello di mercato concorrenziale e ciò a prescindere dal tipo di interesse che il bene scambiato tende a soddisfare. Non sembra, infatti, che si possano contrastare le mancanze del modello economico europeo tramite il ricorso alle medesime regole da questo dettate, pur attenuandone le rigidità mediante l'intervento statale, come del resto non appare soddisfacente l'opinione che sposta tale compito sul giudice tramite un abuso della clausola generale di solidarietà⁵².

Quella che si deve proporre è una via alternativa senza, però, sconfinare nell'eliminazione del modello concorrenziale di mercato imposto dal Trattato né tanto meno alterandone il funzionamento. Da quanto si è detto emerge chiaramente che il modello economico europeo risulta estraneo all'idea del libe-

rismo estremo e ciò trova conferma anche nel nuovo art. 3 TUE (ex art. 2 TUE) il quale contribuisce all'esaltazione della dimensione sociale europea tramite la valorizzazione dei diritti fondamentali, della solidarietà e degli aspetti egualitari⁵³. Nell'ottica di questa disposizione la libera concorrenza è posta espressamente come mezzo per favorire lo sviluppo economico e, conseguentemente, il benessere della società⁵⁴.

Le finalità del diritto europeo sono, dunque, analoghe a quelle del nostro dettato costituzionale ma il meccanismo normativo differisce da quello sicuramente più aperto alla discrezionalità della politica che è predisposto dalla clausola generale dell'utilità sociale ex art. 41 cost., la quale – come si è detto – consente la creazione di sottosistemi legislativi di risposta alle esigenze sociali.

La formula «economia sociale di mercato» utilizzata dal diritto europeo tende, infatti, al compromesso tra le istanze di giustizia sociale, quale in particolare l'assistenza ai ceti meno abbienti, e

⁵³ Così P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 86. In particolare il co. 3 dell'art. 3 TUE stabilisce che «3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri.

Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo». Il rilievo attribuito alla dimensione sociale del diritto europeo si riscontra, inoltre, nel diritto applicato e il riferimento è sia alla Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale – come si è già rilevato – l'indennizzo deve risultare equivalente al valore del bene salvo che ricorrano obiettivi legittimi di utilità pubblica giustificati da misure di riforma economica o di «giustizia sociale» (C.e.d.u. 29-3-2006, punti 96-97), sia alla Corte di giustizia la quale limita la libertà contrattuale del datore di lavoro valorizzando i diritti fondamentali dei lavoratori quali quello alla retribuzione minima e alla correlata tutela sindacale [cfr. ad es. il c.d. caso *Viking* (Corte eur. giust. 11-12-2007 C-438/05, www.curia.eu) e il c.d. caso *Laval* (Corte eur. giust. 18-12-2007 C-341/05, www.curia.eu)]. In ambito internazionale ed europeo la tutela dei diritti fondamentali del lavoratore e in particolare dei diritti sindacali è riconosciuta, poi, da diversi testi legislativi ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito: v. la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, esplicitamente richiamata dall'art. 151 TFUE (ex art. 136 TCE); la Convenzione n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro; la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, richiamata anch'essa dall'art. 151 TFUE e, infine, la Carta di Nizza del 7 dicembre 2000.

⁵⁴ Cfr. in tal senso anche LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 194.

⁵¹ LIBERTINI, *Concorrenza* cit., 194 s., 238 e già ID., *Autonomia privata* cit., 441 secondo cui l'art. 41 cost. anche se prevede espressamente solo la libertà di iniziativa economica e quindi si riferisce direttamente solo alla nozione soggettiva di iniziativa concorrenziale lascia intravedere l'intenzione del costituente di tutelare «non l'appropriazione privata del profitto in quanto tale, bensì la libertà d'impresa come strumento di promozione del benessere collettivo».

⁵² Cfr. Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 99 s.; A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 85 s., spec. 88-89; M. D'ANGELO - P.G. MONATERI - A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, passim; nonché la dottrina del c.d. terzo contratto: cfr. per tutti AA. VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e M. Villa, Bologna, 2008. *Contra* il mio *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 610 s.



l'esigenza di garantire la libertà dei privati e la loro autonomia nell'esercizio del potere economico rispetto al potere politico: come dire, la negazione dell'economia dirigista autoritaria, ma l'affermazione al contempo della prerogativa statale laddove bisogni di protezione che trascendono il mercato lo impongano.

Il quadro delineato dal Trattato si allinea, quindi, alla tradizione costituzionale – nonostante le note resistenze all'adozione del termine Costituzione per le implicazioni più che altro ideologiche che la scelta avrebbe comportato – quella tradizione costituzionale che riproduce le contrapposizioni di valori che animano ogni società pluralista in tal modo enunciando il principio inespresso della necessità giuridica di un loro soddisfacimento soltanto parziale affidato alla tecnica del bilanciamento. Se concepiti in termini assoluti e nella loro forma per così dire più forte, gli obiettivi della giustizia sociale e dell'economia di mercato fortemente competitiva si potrebbero rivelare contraddittori e, quindi, diviene imprescindibile il loro temperamento che passa innanzitutto da una modulazione dei contenuti che possa garantirne la coesistenza. Nella parte qui esaminata, l'art. 3 TUE non si presenta dunque soltanto come una disposizione sulla costituzione economica europea ma, ancor prima, come la proclamazione di una tecnica, quella del bilanciamento, che è in primo luogo una tecnica di produzione normativa.

Se la strada per giungere al modello dell'economia sociale di mercato risulta segnata dalla preclusione al potere politico di assurgere a sorgente arbitraria di disordine, dalla soppressione di ogni struttura monopolistica e, infine, dalla prevalenza in ogni caso del binomio libertà e concorrenza⁵⁵; occorre trovare una via che, ferme queste premesse, sia in grado di preservare l'equilibrio sociale.

A tal proposito, si potrebbe pensare all'esclusione di determinate categorie di beni dalla logica mercantile del diritto della concorrenza la quale non appare un valore irrinunciabile neppure in sede di diritto europeo ove la dir. 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi attuata in Italia con il d.lgs.

⁵⁵ Così N. GOLDSMITH, *Alfred Müller-Armack et Ludwig Erhard: le libéralisme social de marché*, in *Histoire du libéralisme en Europe*, a cura di Ph. Nemo e J. Petitot (Paris 2006), 967-968 che riprende gli insegnamenti di Oppenheimer e Erhard. Com'è noto la teorizzazione dell'economia sociale di mercato muove dal pensiero degli ordoliberali della scuola di Friburgo la quale si scaglia contro il dirigismo economico degli stati totalitari proponendo un modello economico incentrato sulla libertà dell'individuo e sulla convinzione che il buon funzionamento dei mercati e la concorrenza assicurino il progresso sociale. Cfr. al riguardo di recente F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, 19 s., 33 s.

59/2010) esclude l'applicazione ai servizi sociali delle regole del mercato interno⁵⁶.

Il rilievo assunto di recente dai Servizi Sociali di Interesse Generale (SSIG) si riallaccia ai mutamenti che in ambito europeo hanno innescato un processo di modernizzazione del settore, ponendoli al centro del dibattito politico⁵⁷. Il tema dei SSIG è stato in principio incluso in quello più vasto dei Servizi di Interesse Generale (SIG) per poi assumere rilevanza autonoma, prima, all'interno del Libro Bianco del 12 maggio 2004 [COM(2004) 374 def.], il quale pur in un contesto propriamente dedicato ai SIG traccia le specificità dei SSIG, e, successivamente, nella Comunicazione del 26 aprile 2006 [COM(2006) 177 def.] intitolata «Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea» e nella Comunicazione del 20 novembre 2007 [COM(2007) 725 def.] su «I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo».

La Comunicazione del 2006 individua i SSIG, oltre che nei servizi sanitari propriamente detti, in due grandi categorie: «– i regimi obbligatori previsti dalla legge e i regimi complementari di protezione sociale, con vari tipi di organizzazioni (mutue o regimi professionali), che coprono i rischi fondamentali dell'esistenza, quali quelli connessi alla salute, alla vecchiaia, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, al pensionamento e alla disabilità; – gli altri servizi essenziali prestati direttamente al cittadino. Questi servizi, che svolgono un ruolo preventivo e di coesione sociale, forniscono un aiuto personalizzato per facilitare l'inclusione nella società e garantire il godimento dei diritti fondamentali. Essi comprendono, in primo luogo, l'assistenza ai cittadini confrontati a difficoltà personali o a momenti di crisi (ad esempio indebitamento, disoccupazione, tossicodipendenza, disgregazione del nucleo familiare). In secondo luogo, comprendono attività miranti a garantire che gli interessati possano essere completamente reinseriti nella società (riqualificazione e formazione linguistica per gli immigrati) e in particolare nel mercato del lavoro (formazione e reinserimento professionale). Questi servizi comple-

⁵⁶ Cfr. tra gli altri AA. VV., *Servizi essenziali e diritto comunitario*, a cura di L.G. Radicati di Brozolo, Torino, 2001; F. MORO, *I servizi sociali di interesse generale e il diritto comunitario alla ricerca di un difficile equilibrio*, DPUE, 3/2007, 77 s.; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; D. GALLO, *I servizi di interesse generale economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

⁵⁷ Al riguardo cfr. sin d'ora S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 165 s., 261 s.

tano e sostengono il ruolo delle famiglie nelle cure destinate in particolare ai giovanissimi e agli anziani. In terzo luogo, rientrano nell'ambito di questi servizi le attività che favoriscono l'integrazione delle persone con esigenze a lungo termine a motivo di una disabilità o di un problema sanitario. Infine, in quarto luogo, sono compresi anche gli alloggi popolari, che permettono alle persone socialmente svantaggiate o meno avvantaggiate di ottenere un alloggio. Alcuni servizi possono ovviamente comprendere tutte e quattro le dimensioni»⁵⁸.

I servizi sociali costituiscono, pertanto, un mezzo di solidarietà collettiva e mirano sia a garantire l'effettività dei diritti sociali sia a rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale. Il carattere sociale dell'attività esercitata attiene, quindi, al tipo di interesse che per suo tramite è soddisfatto, il quale è dato dall'interesse generale che trascende i singoli individui e che giustifica la loro esclusione dalle regole del mercato interno. L'art. 2, n. 2, dir. 2006/123/CE prevede, infatti, l'esclusione dal proprio ambito di applicazione dei «servizi non economici d'interesse generale» [lett. a)] e dei «servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato» [lett. j)].

D'altra parte, dalla disposizione in parola si desume altresì l'inclusione nelle regole del mercato interno dei Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG), il che trova conferma nell'art. 14 TFUE (ex art. 16 TCE) secondo cui «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

All'interno della categoria dei servizi sociali occorre, pertanto, distinguere tra quelli che sono espletati tramite un'attività economica, cui *ex art.*

106 TFUE (ex art. 86, n. 2, TCE) si applicano le norme sul diritto della concorrenza, e quelli che invece svolgono un'attività non economica (c.d. Servizi di Interesse Generale Non Economico), i quali restano esclusi dalle norme sulla concorrenza⁵⁹.

In definitiva, restano sottratti alle regole mercantili i Servizi di Interesse Generale Non Economico, i servizi sociali specificamente menzionati dall'art. 2, n. 2, lett j) dir. 2006/123/CE e, infine, quelli rispetto ai quali l'applicazione delle norme sulla concorrenza preclude il soddisfacimento dell'interesse pubblico che gli è assegnato.

6. Servizi Sociali di Interesse Generale, diritti fondamentali e art. 41 cost.

Dal quadro delineato nel precedente paragrafo emerge la sensazione che il diritto europeo non disdigni la possibile segregazione di aree di mercato di beni a forte impatto sociale rispetto ai quali restino escluse le regole del mercato interno e ciò, a ben vedere, anche a prescindere dall'attività economica esercitata: si faccia l'esempio del caso in cui l'espletamento di un servizio sociale avvenga tramite l'attività di impresa, ma ciò nonostante resti sottratto alle regole della concorrenza poiché la loro applicazione precluderebbe la realizzazione dell'interesse generale ad esso immanente.

In questo senso l'inciso dell'art. 106, n. 2, TFUE che sottopone le imprese incaricate della gestione dei SIEG alle regole sulla concorrenza «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» potrebbe acquistare una diversa ampiezza di significato se posto in relazione alla definizione di servizi sociali quali

⁵⁹ Al riguardo cfr. la Comunicazione 20-11-2007 COM(2007) 725 def., 5: «Nell'ambito del diritto della concorrenza, secondo la Corte di giustizia non è il settore o lo status di un soggetto che svolge un servizio (ad esempio il fatto che si tratti di un'impresa pubblica, privata, associazione di imprese o parte dell'amministrazione statale), né le modalità di finanziamento a determinare se le sue attività siano da considerarsi economiche o non economiche, bensì la natura dell'attività stessa. Per distinguere, la Corte fa riferimento ad una serie di criteri relativi alle condizioni di funzionamento del servizio all'esame, quali l'esistenza di un mercato, prerogative statali od obblighi di solidarietà. In pratica, ciò significa che un singolo soggetto può benissimo essere impegnato tanto in attività economiche quanto in attività non economiche e quindi essere assoggettato alle regole di concorrenza per parte delle sue attività ma non per altre». Sul dibattito svoltosi in seno alle istituzioni comunitarie sull'influenza della natura economica dell'attività esercitata tramite i servizi sociali cfr. MORO, *I servizi sociali di interesse generale*, cit., 83 s. e ora *Id.*, *sub art. 14 (ex articolo 16)*, in *Codice operativo TUE/TFUE*, diretto da C. Curti Gialdino (in corso di pubblicazione Napoli 2011).

⁵⁸ Comunicazione 26-4-2006 COM(2006) 177 def., 4.

mezzi per garantire l'effettività ai diritti fondamentali previsti dalla Carta di Nizza⁶⁰.

A questo punto, la qualifica offerta di fondamentale al diritto di proprietà (art. 17 Carta di Nizza) potrebbe essere riletta nel senso un diritto su un bene che deve essere garantito *a priori* all'individuo in quanto tale e la cui effettività deve essere assicurata dal diritto europeo anche in deroga alle regole del mercato interno⁶¹.

Tornando alla recente proposta di riforma dell'art. 41 cost. si deve dire, quindi, che l'adesione all'Unione europea non sortisce l'effetto di mandare in soffitta l'utilità sociale quale obiettivo della libera iniziativa economica. L'utilità sociale, infatti, può ancora svolgere il ruolo di limite dell'autonomia privata per garantire l'equilibrio sociale, ponendo un freno al dilagare del mercato concorrenziale in favore della segregazione del mercato di determinati beni volti al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'individuo⁶².

Ciò che si deve imporre è l'estraneazione dal mercato, per così dire, ordinario del segmento dei beni essenziali alla vita dell'individuo in modo da porre un freno alla crescita smisurata dei prezzi: l'esempio può essere quello della casa, e il riferimento non è come ovvio alle case di lusso, quello dell'acqua, oggi com'è noto oggetto di molteplici polemiche, etc.

La protezione dei diritti fondamentali nell'ambito dell'attività privata non è di certo una novità dell'assetto normativo europeo del *post* Lisbona, semmai ciò che cambiano sono i termini tramite cui accedervi, ma in fondo essa trae sempre origine dall'insegnamento secondo cui i diritti fondamentali costituiscono rispetto all'autonomia privata i parametri di interpretazione e concretizzazione delle clausole generali del diritto civile⁶³.

«Libertà contrattuale e utilità sociale» è, dunque, un sintagma che può continuare ad essere declinato, ma ciò non equivale a smentire che il diritto europeo conosce forme di compressione dell'autonomia privata per la tutela dell'interesse generale che non hanno tanto di mira la tutela dei soggetti deboli, come ad es. il consumatore, ma più che altro la tute-

la del mercato: se ne trae conferma anche dal ripudio della c.d. giustizia contrattuale e della politica dei prezzi.

D'altra parte, l'exasperazione della politica mercantile ha sortito, da un lato, il fallimento delle forme di liberismo puro e la correlata crisi dei mercati finanziari e, dall'altro lato, l'inidoneità del mercato concorrenziale a produrre benessere e, soprattutto, ad offrire risposte adeguate alle istanze sociali dei soggetti svantaggiati.

La prima ha suscitato addirittura la proposta di un ritorno a forme dirigistiche dell'economia, tramite il controllo statale ed il ripristino delle nullità assolute⁶⁴, la seconda ha provocato nel diritto europeo, come si è già detto, la sottrazione alle regole del mercato interno delle attività indirizzate al soddisfacimento dei diritti sociali.

Non sembra, pertanto, che il diritto europeo incentivi fino in fondo l'idea dell'individuo astratto dalla società la cui attività economica deve essere informata al liberismo estremo e neppure l'idea del mercato onnivoro del c.d. terzo capitalismo⁶⁵, ma piuttosto rivela una insospettata sensibilità per le istanze sociali sia sul piano "costituzionale", valorizzando i diritti fondamentali, sia sul piano degli

⁶⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 639 s. Il liberismo estremo si è mostrato del tutto inidoneo a fronteggiare la crisi finanziaria delle grandi banche e delle *big corporation* considerate "too big to fail". L'esperienza statunitense ha finito così col derogare perfino ad uno dei principi fondamentali delle normative *antitrust* ricorrendo al salvataggio tramite il rimbocco di denaro pubblico. Il vero è che la produzione di nuova ricchezza, un tempo affidata al capitale conferito, è divenuta ormai frutto della manipolazione del debito, con il conseguente trasferimento dell'investimento di denaro dal settore delle imprese alla finanza. Gli analisti si sono spesso chiesti perché le banche abbiano intrapreso operazioni così rischiose e la risposta è stata che le scelte erano comunque avvenute nel rispetto delle regole o il più delle volte in assenza di divieti. Insomma, facendo investimenti rischiosi con capitali presi a prestito, gli operatori hanno potuto aumentare enormemente i profitti a breve termine, con la pericolosa illusione che i debiti una volta sorti potessero rimanere non pagati, in base ad *escamotage* di ingegneria finanziaria. Ciò è avvenuto nel rispetto formale delle regole ed in sede di piena autonomia contrattuale, sulla base della errata convinzione che il principio di efficienza dei mercati dipenda esclusivamente dalla libertà e autoregolamentazione contrattuale dei mercati stessi. L'idea della sostituzione dell'autonomia privata alla regolamentazione del mercato rischia, quindi, di rivelarsi un pericoloso *boomerang* qualora l'autonomia privata venga esercitata da un'impresa troppo grande la cui attività può avere ripercussioni rovinose sull'intero sistema. Anche da questo punto di vista, dunque, la proposta di riforma dell'art. 41 cost. di cui *supra* nel testo, mediante l'inserimento di un nuovo principio fondamentale secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, rivela una pericolosa insidia.

⁶⁵ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, spec. 77 s.

⁶⁰ Cfr. sul punto MORO, *sub art. 14 (ex articolo 16)* cit., 3 del dattiloscritto.

⁶¹ Tale lettura consentirebbe di recuperare lo iato esistente tra la concezione individualistica del diritto di proprietà, propria del diritto europeo, e quella di strumento di investimento di capitale, propria della Costituzione italiana. Al riguardo cfr. L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 427 s.; F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 957 s.

⁶² Il nostro ordinamento conosce del resto settori di mercato di beni regolati da regole particolari: cfr. al riguardo A.M.

GAMBINO, *Beni extra mercato*, Milano, 2004, *passim*.

⁶³ Così L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 13.



strumenti di *policy*, ricorrendo a regimi di mercato alternativi a quello concorrenziale.

A tal fine è necessario, allora, scrollarsi di dosso una volta per tutte l'idea del diritto europeo come di un diritto nemico smanioso di attentare alla sovranità degli Stati membri. Ciò che va promosso, al contrario, è la loro partecipazione all'edificazione del diritto dell'Unione quale unica via per l'inveramento del modello di economia sociale di mercato, il quale richiede una presenza statale forte in grado di organizzare e indicare gli spazi entro cui si deve svolgere l'attività economica dei privati, quelli affidati alla logica concorrenziale e quelli affidati all'impegno sociale⁶⁶.

Le letture più estremiste di segno alterno sembrano perdersi al riguardo nella rincorsa in sede di politica del diritto o puramente epistemologica della disomogeneità che connota il diritto europeo, quasi dimentiche della circostanza che un antidoto esiste ed ha anche basi positive ossia il rilancio dell'azione degli Stati membri.

L'assunto trova conferma, infatti, nelle modalità di determinazione del contenuto della missione dei servizi sociali: la cui competenza spetta, in forza del principio di sussidiarietà e del Prot. n. 26 del Trattato di Lisbona, proprio agli Stati membri i quali risultano liberi sia di fissare gli obblighi e le missioni di servizio pubblico sia di conferire tali missioni ad operatori pubblici o privati o di organizzare l'erogazione del servizio in cooperazione con il settore privato, salva sempre la dimensione europea del servizio.

Le implicazioni che possono trarsi dalla suddetta esigenza di un'azione statale dall'alto riguardano in particolare anche la sterilità dei tentativi di costruire dal basso della contrattazione la risposta alle istanze sociali tramite l'intervento del giudice sulla giustizia contrattuale: il riequilibrio giudiziale delle ragioni di scambio, al di fuori delle relazioni di lavoro, tradisce, infatti, un'insopprimibile vocazione servente rispetto alla logica mercantile come dimostrano gli esempi dell'abuso di dipendenza econo-

mia e dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Il ricorso alla buona fede nel perseguimento della giustizia contrattuale è non soltanto forzata ma anche in controtendenza rispetto agli sviluppi tradizionali della clausola generale, la quale ha un'insopprimibile vocazione etico-sociale ma non vuole imporre ai privati un modello generale di scambio: il connubio tra buona fede e solidarietà, in altre parole, è nato per scongiurare approfittamenti in chiave formalistica o esercizi abusivi di libertà discrezionali e per consentire la riacquisizione di utilità ingiustificatamente perdute⁶⁷.

In altri termini, la funzione generale della buona fede è preordinata ad attuare una forma di giustizia contrattuale *nel* rapporto e non già *del* rapporto rispetto a parametri ad esso esterni. La pretesa di attuare la giustizia *dello* scambio mediante le clausole generali, e in particolar modo quella di buona fede, si pone, quindi, in contrasto con il pensiero tradizionale sorto intorno agli artt. 1175 e 1375 c.c. e, in ogni caso, implicherebbe il reperimento di un parametro alla cui stregua misurare la congruità dello scambio: un parametro che non può che coincidere con le indicazioni provenienti dal mercato, le quali – ed è storia degli ultimi decenni e in maniera drammatica degli ultimissimi anni – non forniscono necessariamente criteri affidanti a causa delle note distorsioni cui il mercato medesimo è sottoposto.

A tale riguardo il recente DCFR con i suoi innumerevoli richiami ai principi e alle clausole generali rischia di sortire dei fraintendimenti sollecitando l'uso del contratto per fini ad esso ultranei quali ad es. la giustizia sociale. E così facendo, come si è già rilevato, si rischia di confondere la dimensione contrattuale del rapporto tra pari da quella statale che concerne il rapporto tra cittadino e stato: mentre la garanzia dei diritti fondamentali nel primo assume i connotati specifici dati dalla relatività del rapporto obbligatorio; nel secondo la garanzia dei diritti fondamentali assume una vocazione generale e astratta legata al dovere statale di mantenimento dell'equilibrio sociale.

Nel contratto la dimensione che altrove ho definito debole della tutela contrattuale che mira anche alla protezione dei diritti fondamentali della persona è sollecitata dall'esecuzione del programma contrattuale e finisce, pertanto, per fare corpo con esso⁶⁸. Il

⁶⁶ Cfr. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, cit., 21 s. Il modello di Stato cui si allude *supra* nel testo può essere assimilato a quello che L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, *Rel. ind.*, 1988, 25 s. definisce «neo-istituzionale». Il modello in discorso implica un tipo di intervento statale non più diretto, ma indiretto: indirizzato non a regolare con norme rigide e particolareggiate di comportamento i rapporti socio-economici, ma piuttosto a predisporre le nervature istituzionali di processi di autoregolazione sociale, a definire, correggere e ridefinire, quando occorra, istituzioni sociali funzionanti come sistemi autoregolatori. È evidente la distanza dal versante neo-liberista nel quale il diritto mira ad assicurare il corretto funzionamento del mercato, affidando la selezione dei bisogni e delle domande ai meccanismi neo-normativi del mercato.

⁶⁷ Cfr. al riguardo A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1175 – 1176, *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1988, 300, 314, 316 s.

⁶⁸ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto impr.*, 2009, 619 s; *Id.*, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 2011.

rapporto tra persona e contratto coinvolge due piani della normatività: quella espressa dalla *lex contractus* e quella manifestata dalla rilevanza dei diritti fondamentali dell'individuo quali valori primari dell'ordinamento giuridico.

26 Sul piano della normatività, per così dire, contrattuale, la persona acquista rilievo in quanto implicata nel regolamento contrattuale o sotto il profilo dell'esposizione a specifici rischi provocati dal contratto o sotto il profilo della promozione della personalità individuale che il contratto abbia eventualmente di mira. In questo contesto, la buona fede in funzione integrativa può intervenire per colmare o correggere il regolamento là dove esso non sia in grado di perseguire appieno una o entrambe le finalità ora segnalate. La seconda dimensione della rilevanza della persona, ossia i diritti fondamentali, può acquisire rilievo nel contratto soltanto là dove si generi un contrasto tra le due dimensioni in discorso ossia qualora il rapporto contrattuale divenga luogo in cui il nucleo più intangibile della personalità umana risulti in qualche modo intaccato o non trovi piena esplicazione.

In quest'ultimo caso, i margini per l'integrazione *ex fide bona* del contratto appaiono assai scarsi e coincidono con l'ipotesi in cui la mancata valorizzazione dei diritti fondamentali sia legata a una qualche carenza del regolamento contrattuale da colmare, altrimenti non v'è altra soluzione che la declaratoria di nullità per contrasto con l'ordine pubblico.

Secondo una siffatta impostazione, non si può non riconoscere che l'orizzonte dell'azione della buona fede si colloca nell'ambito del rapporto obbligatorio, in quanto volta a regolare «rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici»⁶⁹, mentre la politica di tutela dei diritti sociali non è nella disponibilità dell'individuo, giacché essa concerne la posizione di *socius* ed è, dunque, all'apice della *societas* che bisogna guardare per rintracciare la fonte delle relative garanzie.

⁶⁹ L. MENGONI, *Fondata sul lavoro*, cit., 49.



LIBERTÀ ECONOMICHE, FUNZIONE SOCIALE E DIRITTI PERSONALI E SOCIALI TRA DIRITTO EUROPEO E DIRITTI NAZIONALI

Di Cesare Salvi

Professore ordinario di Diritto civile dell'Università di Perugia

SOMMARIO: Introduzione - 1. Tutela dei diritti e sistema delle fonti: un problema aperto. - 2. I principi della "massima espansione della tutela" e della "garanzia del livello di protezione" e il problema del "bilanciamento". - 3. Quale bilanciamento tra libertà economiche e diritti personali e sociali?. - 4. La garanzia della proprietà privata: Costituzione italiana e CEDU. - 5. Libertà economiche e diritti sociali: giurisprudenza della Corte di giustizia, principi costituzionali italiani e Carta dei diritti. - 6. Costituzione italiana e Carta dei diritti a confronto.- 7. I "contro limiti" costituzionali e il "margine di apprezzamento nazionale". Il principio sociale come "contro limite". - 8. Dignità umana, democrazia e identità sociale europea.

Introduzione¹.

Il ruolo dei principi costituzionali nella ricostruzione e nell'applicazione del diritto civile è stato affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza dagli anni '60 del secolo scorso, abbandonando l'idea del carattere meramente programmatico di quei principi.

Per tale via la configurazione degli istituti civili e i criteri di interpretazione si sono largamente

evoluti e modificati, ed è stato assegnato un ruolo crescente a valori personalistici e sociali.

Successivamente, la funzione di indicare principi generali è stata svolta dalla "Costituzione europea" (per usare una formula comprensiva del diritto normativo e giurisprudenziale dell'Unione e di quello CEDU).

Il nostro Convegno si propone di analizzare il ruolo odierno dei principi costituzionali nel diritto civile; e in particolare di verificare gli elementi di convergenza e di divergenza tra principi europei e principi nazionali.

In questo ambito assume particolare rilievo il tema del rapporto tra libertà economiche e diritti pa-

¹ Relazione introduttiva svolta al convegno "Diritto civile e principi costituzionali europei ed italiani", 25-26 marzo 2011, Università degli studi di Perugia.



trimoniali da un lato, principi “sociali” e diritti personali e sociali dall’altro.

Questa relazione introduttiva sarà pertanto dedicata a segnalare quelli che mi sembrano gli aspetti più significativi e problematici di tale rapporto.

1. Tutela dei diritti e sistema delle fonti: un problema aperto.

Il sistema delle fonti è in continuo sommovimento, più che per l’entrata in vigore dei nuovi Trattati, per l’attivismo delle massime giurisdizioni europee e nazionali.

Al centro di questo attivismo è la tutela dei diritti fondamentali. Sembra quasi di assistere a una gara per stabilire chi è in grado di meglio tutelarli.

Ricordo alcune recenti vicende giurisprudenziali.

La Corte di giustizia, con la sentenza Mangold del 2005, ha aperto le porte alla non applicazione della norma interna per contrasto con un principio generale del diritto comunitario, indipendentemente dal requisito dell’efficacia diretta della norma europea.

La Corte EDU (17 settembre 2009, Scoppola c. Italia) ha innovato la sua giurisprudenza sull’art. 7 della Convenzione, ritenendo compreso in tale norma il tema della retroattività della legge penale più favorevole. Quel che più interessa, ha motivato la decisione con riferimenti a fonti diverse dalla CEDU: l’art. 49 della Carta dei diritti UE, la giurisprudenza della Corte di giustizia, una sentenza della Corte di cassazione francese. La decisione è stata presa dalla Grande camera a maggioranza, e una dissenting opinion è particolarmente severa nel segnalare il carattere “creativo”.

La Corte costituzionale italiana (348 e 349/2007) ha reinterpretato il primo comma dell’art. 117 della Costituzione introducendo nel sistema delle fonti la nuova categoria della “norma interposta”, di origine sovranazionale, e ne ha dedotto, in sede di prima applicazione, l’esigenza di rivedere la propria precedente giurisprudenza in materia di garanzia della proprietà privata.

In due decisioni recenti (in tema di legittimità del Trattato di Lisbona, e di poteri di controllo su atti ultra vires delle istituzioni europee), il Tribunale costituzionale tedesco ha approfondito i rapporti tra diritto europeo e norme costituzionali.

In Francia la dialettica tra Consiglio costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte di giustizia UE in tema di controllo di legittimità delle norme interne ha sfiorato lo scontro intergiudiziario e fra il sistema giudiziario e il Parlamento.

L’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, d’altra parte, non sembra avere affatto semplificato

e tanto meno risolto il problema. Le sue complesse previsioni non aiutano infatti a comprendere quali siano e quali contenuti abbiano i diritti fondamentali da proteggere, e a chi compete farlo.

Ricordo sommariamente alcune questioni segnalate dalla dottrina negli ultimi anni. Ci si è domandato se per arrivare alla conclusione di Corte costituzionale 317/2009, e di altre recenti decisioni garantiste dei nostri giudici costituzionali, fosse necessario ricorrere alla norma interposta dalla CEDU, o se non fosse sufficiente applicare le nostre norme costituzionali (nel caso citato, gli art. 24 e 111).

Non è chiaro se il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali, come interpretato dalla Corte costituzionale sulla base dell’art. 117, valga per tutti gli accordi internazionali, e se no per quali (la CEDU, tra l’altro, non è l’unico accordo internazionale che si occupa di diritti umani).

Ci si domanda se c’è differenza tra diritti fondamentali scritti e diritti fondamentali deducibili dai principi dell’ordinamento comunitario. Secondo l’art. 52 della Carta dei diritti parrebbe di sì, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia parrebbe di no.

Ci si interroga sul rapporto tra il principio della certezza del diritto, come è strutturato negli ordinamenti giuridici continentali e in particolare nel nostro, e l’attribuzione di valore vincolante erga omnes (in alcuni casi, anche se si è già formato il giudicato) alle sentenze della Corte di giustizia (trattandosi di “sentenza dichiarativa”, che ha “la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate”: Cort. cost. 39/1989). Se si aggiunge la richiesta della Corte di giustizia, in larga misura accolta dai giudici nazionali (adesso anche la Corte costituzionale italiana ritiene di farvi ricorso, ancorché per ora solo in tema di conflitto di attribuzioni), di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, ne emerge progressivamente, secondo alcuni, da un lato un sistema più simile a quelli di common law che agli ordinamenti continentali, dall’altro, la definitiva subordinazione gerarchica della Corte costituzionale alla Corte di giustizia.

L’adesione della UE alla CEDU, secondo molti, rischia di complicare le cose, anche (e non solo) per quanto riguarda i rapporti tra le due Corti (chi decide se una norma UE viola le CEDU?), e si auspica che il previsto atto di adesione chiarisca questo e altri aspetti.

In proposito la Consulta ha di recente (Corte cost. 80/2011) esaminato il nuovo testo dell’art. 6 TUE, deducendone che la tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’Unione deriva ora da tre fonti distinte: la Carta dei diritti, la CEDU, i “prin-



cipi generali” che comprendono quelli sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. E da ciò ha tratto la conclusione (non molto rassicurante, considerando i contenuti della giurisprudenza UE in materia, sui quali tornerò) che tale “complesso e articolato” nuovo sistema di protezione garantisce “un certo grado di elasticità del sistema”, consentendo alla Corte di giustizia di “individuare nuovi diritti fondamentali”.

Ancora: non sono ben chiare le conseguenze giurisdizionali delle nuove competenze previste dai Trattati in tema di cooperazione giudiziaria e di politica estera e di sicurezza europea.

Ci si domanda, infine, alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria, a partire dal caso *Laval*, che cosa resti del limite, peraltro confermato dall’art. 6 TUE, per il quale il riconoscimento dei diritti fondamentali è comunque limitato alle materie di competenza UE.

Ma lasciamo il tema delle fonti alle sue complicazioni, e consideriamone gli effetti: quali siano i diritti fondamentali, quale il contenuto e il limite della tutela, quali i reciproci rapporti.

2. I principi della “massima espansione della tutela” e della “garanzia del livello di protezione” e il problema del “bilanciamento”.

Dopo questa rassegna problematica, ci si potrebbe comunque consolare alla luce della considerazione che gli orientamenti normativi e giurisprudenziali sembrano convergere nel principio della massima espansione dei diritti: come dice Cort. cost. 317/2009, “con riferimento a un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall’ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa”.

Nella stessa direzione del resto l’art. 53 della Carta dei diritti stabilisce che nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa del “livello di protezione” dei diritti e delle libertà riconosciuti dal diritto europeo e internazionale “e dalle Costituzioni degli Stati membri”.

Ma il nostro problema comincia appunto qui.

Al fondo di molte teorizzazioni della tutela multilivello dei diritti vi è l’idea che per tale via possa perseguirsi, attraverso una sorta di competizione virtuosa tra le corti, un’espansione potenzialmente senza limiti della tutela dei diritti fondamentali.

E un’espansione senza rischi, vista la garanzia del livello di protezione preesistente.

Questo modo di ragionare ricorda quello che sorreggeva, alle origini del giusnaturalismo, l’idea della estensione tendenzialmente illimitata del diritto di proprietà. Per Samuel Pufendorf, ad esempio, la proprietà fondiaria si estende illimitatamente, salvi i limiti posti, quanto allo spazio sovrastante, dall’analogo diritto di un’abitante della luna, e, quanto al sottosuolo, da quello spettante al proprietario del fondo situato agli antipodi.

Ma, come sappiamo, la teoria giuridica individualista della proprietà dovette fare i conti, quando fu tradotta in proposizioni normative, con interessi e diritti, anche di altri proprietari, incompatibili con una concezione monadica.

I diritti infatti non sono monadi, e non ci sono solo i seleniti e gli abitanti degli antipodi a porre un problema di limiti e di bilanciamenti.

Del resto, la Corte costituzionale, nella decisione da ultimo citata, introduce, anche se non lo risolve, il problema del bilanciamento tra il diritto di cui si assume la protezione e altri interessi meritevoli di tutela.

La stessa Corte di giustizia, nel caso *Schmidberger* del 2003, pose il tema della distinzione tra diritti suscettibili di bilanciamento e diritti per così dire assoluti (come quello alla vita o il divieto della tortura). “Neppure i diritti alla libertà di espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU ... appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale”. E la sentenza prosegue indicando il criterio di legittimità delle restrizioni all’esercizio di tali diritti, individuato in primo luogo nell’effettiva rispondenza a obiettivi di interesse generale, e in secondo luogo nell’esigenza di evitare che l’intervento sia tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati.

3. Quale bilanciamento tra libertà economiche e diritti personali e sociali?

Il problema del bilanciamento tra diritti patrimoniali e diritti personali e sociali è duplice. In primo luogo, se per i diritti a contenuto economico possa valere la stessa impostazione che si adotta in via generale per i diritti di libertà, e cioè il principio della massima espansione della tutela. Per i primi, non ci si può limitare a tale generica formulazione, e ciò per una ragione strutturale. Infatti, nelle libertà economiche il problema del limite alla tutela non riguarda – come nelle libertà personali - l’interesse generale inteso come interesse pubblico, ma il potenziale conflitto con altri diritti, anch’essi configurabili come diritti fondamentali.



Né può soccorrere al riguardo la garanzia del livello di protezione preesistente, perché la domanda subito si pone: livello di protezione per chi? Consideriamo ad esempio la sentenza Laval, sulla quale torneremo, e nella quale la Corte di giustizia ha affermato la prevalenza della libertà di prestazione di servizi su diritti sociali costituzionalmente garantiti. Qui, come è evidente, il preesistente livello di protezione dei diritti sociali non solo non è affatto tutelato, ma è fortemente ridotto dalla preminenza accordata alla libertà economica.

Emerge insomma la differenza strutturale tra libertà economica e libertà personale: per la seconda il problema è quello del rapporto tra libertà e potere pubblico, per la prima tra libertà e altri diritti individuali o collettivi. Per la libertà personale, la massima espansione della tutela comporta la limitazione del potere pubblico di comprimerla; per la libertà economica, determina la riduzione della tutela di altri diritti.

Ne deriva il secondo aspetto del problema: dobbiamo domandarci se la soluzione data al bilanciamento tra libertà economiche da una parte, diritti personali e utilità sociale dall'altro, sia la stessa nei testi europei (e nelle giurisprudenze che li applicano) e invece nei testi costituzionali nazionali (in particolare ma non solo quello italiano), anche qui come interpretati dalle rispettive corti supreme.

Il quesito non è irragionevole, ove si consideri che molti testi costituzionali europei sono espressione di una fase storica (la golden age, per usare fra le tante la definizione di Hobsbawm) caratterizzata da principi molto diversi da quelli del liberismo giuridico (le quattro libertà dei Trattati non sono proprio la stessa cosa delle quattro libertà di cui parlava F.D. Roosevelt) prevalente invece nella fase storica nella quale sono state redatte le normative europee.

E' dubbio che possa considerarsi risolutiva l'idea di una sorta di Grundnorm costituita dalla clausola generale della dignità umana, pure essendo certamente meritori gli approfondimenti e le valorizzazioni di questo principio.

Si tratta infatti di intendere come il principio generale della dignità si declini in concreto nelle ipotesi di conflitto tra libertà economiche e diritti personali e collettivi.

Prima di tornare su tali questioni, mi sembra utile verificare le considerazioni fin qui svolte alla luce di recenti vicende giurisprudenziali a mio avviso emblematiche: la concezione della proprietà nel rapporto tra articolo 42 della Costituzione e art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU; l'interpretazione data dalla Corte di giustizia del bilanciamento tra le libertà economiche, considerate

diritti fondamentali, e le norme costituzionali di tutela dei diritti sociali.

4. La garanzia della proprietà privata: Costituzione italiana e CEDU.

Dal principio della funzione sociale della proprietà privata, contenuto nell'art. 42 della Costituzione, la nostra giurisprudenza costituzionale ha sempre dedotto che l'indennità di espropriazione non deve necessariamente corrispondere al valore di mercato del bene espropriato (o alle conseguenze economiche negative dell'intervento, nel caso di limitazioni sostanzialmente espropriative).

In una delle sue prime sentenze (61/1957) la Consulta affermò la legittimità dei criteri previsti dalla legge per Napoli del 1885. Il termine "indennizzo", di cui al comma 3 dell'art. 42, non va interpretato letteralmente ("rendere indenne"), disse la Corte, ma secondo un criterio storico-sistematico, come strumento di mediazione tra esigenze pubbliche e private. Del resto, aggiunse la Consulta, l'adozione di un criterio inferiore al valore venale precede, nell'ordinamento italiano, l'entrata in vigore della Costituzione: e non si può ritenere che la Costituzione del 1948, ispirata a "finalità di progresso sociale", possa essere interpretata come un ritorno al 1865.

E' da notare che il principio della "mediazione tra esigenze pubbliche e private", affermato da questa sentenza, è omologo a quanto espressamente disposto dall'art. 14, 3° comma, della Costituzione tedesca: "l'indennizzo deve essere stabilito mediante un giusto temperamento tra gli interessi della collettività e gli interessi delle parti". Norma memore delle controversie weimariane, quando le giurisdizioni superiori affermavano lo stesso principio dell'attuale giurisprudenza CEDU.

Eppure proprio il ritorno al 1865 è stata la conseguenza della sentenza n. 348 del 2007, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la norma dell'art. 37 del T.U. espropriazione del 2001, che invece al criterio previsto dalla legge per Napoli si era ispirata, e che la stessa Corte aveva in precedenza ritenuta legittima.

In effetti, la giurisprudenza costituzionale, nei cinquant'anni successivi alla decisione prima ricordata, ha sempre affermato che "la regola generale di integralità della riparazione non ha rilevanza costituzionale" (148/1999), anche se l'indennità deve rappresentare un "serio ristoro" (5/1980, 223/1983).

La Corte EDU (Grande Chambre, 29 marzo 2006, Scordino, e altre) ha però condannato l'Italia per violazione dell'art. 1 del primo protocollo addizionale, da essa interpretato (ancorché la norma nul-





la disponga in proposito) nel senso che l'indennità di espropriazione deve corrispondere al valore venale del bene.

A questo punto anche per la nostra Corte costituzionale ciò che era "serio ristoro" nel 1993 non lo è più nel 2007. Si tratta della nota sentenza (348/2007) che con quella gemella (349) sull'occupazione acquisitiva ha introdotto in Italia la tesi per la quale l'interpretazione che la Corte di Strasburgo dà delle norme della Convenzione deve intendersi, in base al primo comma dell'art. 117 Cost., come "norma interposta".

Per quanto riguarda l'occupazione acquisitiva, mi limito a ricordare che la Corte Costituzionale, essendo insoddisfatta la Corte EDU anche della soluzione adottata con la sentenza 349/2007, alla fine si è tolta d'impaccio dichiarando incostituzionale l'art. 43 del T.U. del 2001 per una ragione del tutto diversa, cioè per eccesso di delega (293/2010).

Per tornare all'indennità di esproprio, occorre anzitutto considerare che il tema ha una grande rilevanza ai fini della configurazione della garanzia (e della nozione stessa) costituzionale della proprietà privata. Dopo l'introduzione anche in Italia (ad opera della Corte costituzionale negli anni '60, con giurisprudenza poi formalizzata dal legislatore) della figura dei limiti sostanzialmente espropriativi, la tesi per la quale l'indennità deve corrispondere al valore venale del bene porterebbe a vedere nel patrimonio l'oggetto della tutela.

La nozione costituzionale di proprietà sembra così riguardare non il diritto soggettivo di cui parla il Codice civile, ma l'assetto dato della ricchezza. E si apre la via al dubbio sulla legittimità di ogni intervento legislativo che abbia effetti redistributivi.

La sentenza 348/2007, peraltro, mantiene fermo il punto di principio: "il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato". Si aggiunge che la funzione sociale di cui all'art. 42 deve essere posta "in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento degli impegni inderogabili di solidarietà economica e sociale". Segue una considerazione molto rilevante ai nostri fini: "livelli troppo elevati di spesa per espropriazione di aree edificabili ... potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri)".

Emerge, quindi, il potenziale conflitto tra espansione della tutela proprietaria, e correlata riduzione dei diritti sociali, che ho in precedenza richiamato. La gemella sent. 349 dice che è compito della Corte costituzionale verificare se le norme CEDU "garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno

equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana".

Si è già osservato, però, che la formula della tutela "almeno equivalente" dei diritti non sembra funzionare per la proprietà (e per gli altri diritti economici) proprio per le ragioni indicate dalla sent. 348. "Almeno equivalente" per gli interessi proprietari, o per gli interessi sussumibili nella funzione sociale, potenzialmente configgenti con i primi, e che nella nostra Costituzione sono riconducibili a diritti fondamentali ?

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo lascia per la verità aperto uno spiraglio per alcune "riforme economiche, sociali e politiche", che consentirebbero di derogare al principio della riparazione integrale. A questo spiraglio si è agganciato il nostro legislatore quando nel nuovo testo dell'art. 37 T.U. espropriazione (introdotto nel 2008) prevede che l'indennità sia ridotta di un quarto nel caso di "interventi di riforme economico-sociali" (che ancora non si sa bene quali siano o possano essere).

Può darsi che per tale via la giurisprudenza CEDU in materia proprietaria possa essere raccordata con i principi costituzionali italiani. Rimane però il problema (segnalato da diversi autori): per la CEDU il principio generale è il diritto del proprietario alla riparazione integrale in caso di espropriazione o di limiti sostanziali; per il nostro ordinamento, almeno finora, il principio generale è la funzione sociale, che impone, anche nel determinare la misura dell'indennità, il temperamento con altri interessi e diritti.

5. Libertà economiche e diritti sociali: giurisprudenza della Corte di giustizia, principi costituzionali italiani e Carta dei diritti.

Un ampio dibattito si è svolto sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia concernente i rapporti tra libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, da un lato, e diritti sociali, dall'altro (casi Laval, Viking, Ruffert, Commissione c. Lussemburgo).

Non è quindi necessario né utile un nuovo approfondimento.

Ai nostri fini interessa piuttosto sottolineare due aspetti. Il primo concerne il rapporto tra il diritto (fondamentale, secondo la Corte di giustizia) alla libertà economica previsto dai Trattati e i diritti sociali costituzionalmente protetti dagli Stati. In secondo luogo, la nozione di libertà economica adottata dalla Corte.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va ricordato che nel caso Laval il governo svedese si era costi-

tuito in giudizio sostenendo che il diritto di intraprendere azioni collettive costituisce un diritto fondamentale, tutelato dalla Costituzione svedese, e che d'altra parte la sua disciplina esula dall'ambito applicativo dei trattati, come espressamente previsto dall'art. 137 (oggi 153 TFUE), per il quale le disposizioni del Trattato in materia di protezione dei lavoratori "non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero". La Corte di giustizia nega il difetto di competenza europea, e anzi afferma che il "diritto di intraprendere un'azione collettiva deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto". La sentenza aggiunge tuttavia che, alla luce dell'art. 28 della Carta dei diritti, il diritto di azioni collettive "è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali".

La Corte di giustizia afferma poi (ricordando i precedenti Schmidberger e Omega) che l'esercizio dei diritti fondamentali deve essere "conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato".

Ma quale il contenuto del "bilanciamento" tra i due diritti (libertà di prestazione dei servizi e azione collettiva), ritenuti entrambi fondamentali? La Corte risponde affermando che gli obiettivi di politica sociale dell'Unione, e in particolare quello del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, possono limitare la libertà di prestazione di servizi solo sotto il profilo del rispetto di "un nucleo di norme imperative di protezione minima nello stato membro ospitante", che sono quelle desumibili dalla direttiva 71/1996 sul distacco dei lavoratori.

Il punto che interessa qui sottolineare è che nell'operare il "bilanciamento" dei diritti, la Corte di giustizia afferma nel caso Laval la prevalenza della libertà economica sul diritto sociale all'azione collettiva, con la sola eccezione del rispetto, da parte del datore di lavoro, del nucleo di norme imperative di protezione minima previste dalla citata direttiva. In sostanza, è vietato promuovere azioni sindacali, ancorché garantite dalla Costituzione nazionale, che si prefiggano di ottenere per i lavoratori distaccati condizioni migliori di quelle, pur definite "minime", previste dalla direttiva.

Il quesito che si pone in proposito è simile a quello che abbiamo visto in materia proprietaria: il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia molto difficilmente avrebbe avuto lo stesso esito, se condotto alla luce della nostra Costituzione, a partire dal secondo comma dell'art. 41.

Questa osservazione mi sembra avvalorata dal secondo aspetto, che concerne il contenuto stesso della nozione di libertà economica adottata dalla Corte di giustizia. Come è stato segnalato dalla dot-

trina, la libertà garantita dalla Corte di giustizia non concerne l'esigenza di una pari libertà economica tra imprese all'interno dei singoli Stati (secondo quanto richiederebbe la tutela della concorrenza).

Consideriamo il caso Ruffert. La Corte di giustizia dice esplicitamente che una normativa (come quella, oggetto della controversia, del Land della Bassa Sassonia) che preveda l'applicazione ai lavoratori distaccati della stessa disciplina prevista per i lavoratori nazionali "finirebbe per privare di effetto utile la direttiva" 71/1996. Ciò che va garantito è la possibilità di distaccare lavoratori sul territorio di un altro Stato, proprio al fine di consentire all'impresa vantaggi competitivi. La tutela della concorrenza diviene così non garanzia della parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese di altri stati, ma garanzia della libertà dell'impresa di scegliere l'ordinamento che consenta le condizioni migliori per essa (e peggiori per i dipendenti): concorrenza tra ordinamenti, non tra imprese.

Che la libera prestazione dei servizi rientri nel novero delle libertà economiche garantite dal Trattato non è in discussione. E' lecito però dubitare che l'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia sia conforme ai principi della Costituzione italiana, a cominciare dall'art. 3.

In base a tali principi, infatti, non solo non dovrebbe essere considerata violata la libertà economica se uno Stato ritenga di applicare le norme interne a tutti i lavoratori operanti sul proprio territorio, quale che ne sia la nazionalità, e quale che sia lo Stato nel quale ha sede sociale l'impresa che li utilizza; ma anzi dovrebbe giungersi alla conclusione opposta, del contrasto cioè con le norme costituzionali di una disciplina che preveda tutele differenziate per i lavoratori, in base alle loro nazionalità.

Va poi considerato che la Corte di giustizia (15 luglio 2010 – C. 271/08) ha ribadito il suo orientamento, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, argomentando sulla base della Carta dei Diritti. Se l'art. 28 della Carta richiede che la tutela del "diritto fondamentale di negoziazione collettiva", prevista da tale norma, "deve tener conto pienamente" del diritto comunitario e della legislazione e delle prassi nazionali, se ne deduce che quel "diritto fondamentale" va "contemperato con gli obblighi scaturenti dalle libertà" economiche; segue esplicita conferma dei precedenti Laval e Viking.

Conviene quindi esaminare quello che la Carta dei diritti dice, rispetto alla problematica che stiamo esaminando.



6. Costituzione italiana e Carta dei diritti a confronto.

Ho usato in precedenza l'espressione Costituzione europea. In effetti da tempo la Corte di giustizia afferma che "la Cee è una comunità di diritto, nel senso che né gli stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato" (23 aprile 1986, C. 294/83). Siamo peraltro abituati, almeno nell'Europa continentale, a considerare la Costituzione un testo scritto, che esplicitamente disciplina diritti e doveri. Siamo inoltre abituati a considerare le costituzioni nazionali come "rigide" e quindi suscettibili di modifiche solo attraverso particolari procedure e anche in questo caso non senza limiti (come ha avuto modo di dire in qualche *obiter dictum* la Corte costituzionale italiana, e come espressamente prevede l'art. 79 della Costituzione tedesca).

E' noto che la Costituzione europea non è strutturata in un testo scritto, e che non è ancora risolto il problema del rapporto tra il carattere rigido delle costituzioni nazionali e il principio di prevalenza del diritto dell'Unione.

All'inizio ho ricordato alcuni fatti istituzionali recenti che confermano la persistente dialettica e incertezza su entrambi i nodi segnalati: quali siano e quale contenuto abbiano i diritti fondamentali garantiti dall'Unione, e quale sia il rapporto tra costituzione europea e costituzioni nazionali.

Il nuovo testo dei Trattati non aiuta a risolvere nessuno dei due problemi.

Per quanto concerne il primo, l'art. 6 TUE riconosce il valore giuridico della Carta dei diritti. Subito dopo però afferma che le disposizioni della Corte "non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione". Al secondo comma segue l'adesione alla CEDU (che è anch'essa un testo scritto).

Al terzo comma si aggiunge che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione ma "in quanto principi generali".

Per quanto riguarda poi la Carta sociale europea del 1961 e la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, sono richiamate nel Preambolo; "i diritti sociali fondamentali" da esse definiti sono poi "tenuti presenti" dall'art. 151 TFUE che indica gli obiettivi della politica sociale dell'Unione: formula, quella del "tenuti presenti" che, si converrà, non è particolarmente perspicua.

Tuttavia, per procedere a un confronto tra testi scritti, conviene assumere come punto di riferimento la Carta dei diritti, e non addentrarsi troppo nei

meandri dei criteri interpretativi e delle "spiegazioni".

La prima differenza che colpisce chi legga parallelamente la Carta dei diritti e la Prima parte della Costituzione è l'organizzazione della materia.

La Carta aggrega le situazioni protette intorno a sei poli - corrispondenti ai primi sei titoli - che evocano i "valori fondanti" dell'Unione in modo sommaro e privo di ogni coordinamento sistematico, come ha notato De Siervo. L'enunciazione dei diritti poco aggiunge ai valori di riferimento, affidando all'interprete la più ampia discrezionalità applicativa.

Manca ogni principio generale di bilanciamento, sia statico (come nel nostro art. 2, seconda parte) sia dinamico (come nel nostro secondo comma dell'art. 3).

Ne deriva, come è stato notato in dottrina, l'assenza di vincoli in ordine alle forme e alle ragioni di limitazione dei diritti proclamati, che sono affidate per lo più a una generica "riserva di legge" (comprensiva talvolta delle "prassi nazionali"). Né può supplire a tale carenza l'art.52, che si "stende" in modo indifferenziato su tutte le disposizioni, non affrontando così il problema del criterio di limitazione dei diritti e soprattutto del criterio di bilanciamento del potenziale conflitto tra i diritti medesimi (come invece, ad esempio, nel secondo comma dell'art. 41 della nostra Costituzione). Analoghe considerazioni valgono, per le ragioni che ho già ricordato, per quanto concerne la garanzia del livello di protezione di cui all'art. 53.

In una logica che è insieme paleo-liberale e post-moderna (aggettivo usato da Azzariti) emerge una monodimensionalità dei diritti, che sembrano posti tutti sullo stesso piano.

Per venire poi più da vicino al tema del nostro incontro, la libertà di impresa e il diritto di proprietà sono ricompresi nel Titolo dedicato alla Libertà (come, per quanto riguarda la proprietà, era nello Statuto albertino); laddove, come è noto, la nostra Costituzione ha operato la de-fondamentalizzazione dei diritti economico-patrimoniali, la "relativizzazione" del diritto di proprietà (come ha ricordato ancora di recente Rodotà).

Nella norma sulla libertà d'impresa, scompaiono i limiti di ordine generale, previsti invece dal secondo comma dell'art.41, e da altre costituzioni nazionali.

Per quanto riguarda la proprietà, non c'è traccia della funzione sociale; l'incipit dell'art.17 ("Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità") è più simile ai testi ottocenteschi o alle tesi di Nozick che alla formula della Costituzione italiana, ed è anche più arretrato



(o più avanzato: dipende naturalmente dai punti di vista) dell'art. 832 del Codice civile. Per l'espropriazione, si richiede una "giusta" indennità (l'aggettivo è assente nel terzo comma dell'art.42). Il diritto di lasciare i propri beni in eredità fa parte del contenuto della tutela: garanzia non contemplata nel quarto comma dell'art. 42, che si ispira invece alla logica "novecentesca" della funzione redistributiva del diritto successorio.

Non mi soffermo, in questa rassegna, sui diritti sociali. Mi limito a segnalare l'assenza di una norma analoga al primo comma dell'art. 36 in materia di retribuzione del lavoratore.

L'esito del raffronto, che ho condotto tra Carta dei diritti e Costituzione italiana, non sarebbe molto diverso con riferimento ad altre Costituzioni nazionali della "golden age": dal preambolo del 1946 della Costituzione francese (che, come si sa, fa parte integrante del diritto costituzionale positivo); alle disposizioni della Costituzione tedesca sulla proprietà che obbliga e il cui uso deve al tempo stesso servire al bene comune; alla Costituzione spagnola, per la quale "la funzione sociale limita il contenuto" del diritto alla proprietà privata e alla eredità (che non è ricompreso nella sezione dedicata ai diritti fondamentali e alle libertà, ma in quella concernente i diritti e i doveri dei cittadini), e la garanzia della libertà imprenditoriale deve avvenire "in accordo con le esigenze dell'economia generale e della pianificazione". E l'esemplificazione potrebbe continuare: per esempio, secondo la Costituzione greca i diritti che derivano dalla proprietà "non possono esercitarsi in modo contrario all'interesse generale" (art. 17).

In definitiva dalla lettura della Carta di Nizza vengono elementi che accentuano, anziché ridurre, le distanze tra l'impianto liberista del sistema europeo e quello "sociale" delle tradizioni costituzionali nazionali; giustamente è stato notato che in questa materia "l'appello alle tradizioni costituzionali comuni è strumentale a conferire legittimazione" alle soluzioni europee (A. Moscarini).

In conclusione: è difficile rinvenire nella Carta tutele dei diritti fondamentali (anche in materia di libertà personali) più avanzate rispetto a quelle previste dalla Costituzione italiana (almeno, io non ci sono riuscito); mentre è facile trovarvi una riduzione nella protezione di alcuni di essi, in particolare dei diritti sociali, oltre che l'eliminazione radicale del problema stesso del potenziale conflitto tra libertà economica da una parte, utilità sociale e diritti non patrimoniali dall'altra. E dal momento che invece il conflitto esiste, la sua soluzione è priva di ogni parametro di riferimento per i giudici chiamati ad applicare il diritto europeo.

7. I "contro limiti" costituzionali e il "margine di apprezzamento nazionale". Il principio sociale come "contro limite".

Quali sono gli strumenti giuridici per risolvere le divergenze tra testi costituzionali nazionali e diritto europeo?

Com'è noto, il problema del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni è stato affrontato dagli Stati dell'Unione in modo differenziato. Una recente ricerca (Martinico) ha individuato sei modelli costituzionali diversi; l'autore osserva tuttavia che tutti questi modelli hanno due elementi in comune: da un lato, si è trovato il modo di riconoscere il primato del diritto comunitario; dall'altro, si è affermata l'esistenza di "contro limiti" a tale primato.

Nell'ordinamento italiano, come è noto, la soluzione è stata pretoria. Nessuna modifica è stata introdotta alla Costituzione; la Corte costituzionale, d'altra parte, ha affermato il primato del diritto comunitario anche sulle norme costituzionali, facendo salva tuttavia l'esistenza di "controlimiti" (operanti anche rispetto alla revisione costituzionale di cui all'art. 138), consistenti nei principi supremi dell'ordinamento e nei diritti inalienabili della persona. In che cosa più precisamente consistano questi "controlimiti", non è però ancora dato sapere.

In altri Stati, come è noto, si è proceduto a un adeguamento della Costituzione. In Francia il Titolo VI disciplina ora in maniera organica la materia dei trattati e accordi internazionali, mentre il Titolo XV regola in sette articoli il rapporto tra la Francia e l'Unione Europea con esplicito riferimento al Trattato di Lisbona, ai poteri del parlamento, alle ipotesi di ricorso al referendum.

Nel Regno Unito, la Camera dei comuni ha approvato il 10 marzo 2011 l'European Union Bill, che prevede tra l'altro il referendum popolare per l'approvazione di qualunque modifica dei Trattati che comporti ulteriore trasferimento di poteri alle istituzioni europee, e obblighi di preventiva autorizzazione parlamentare per l'attivazione dei meccanismi che consentono ai governi di "andare oltre" rispetto alle previsioni dei Trattati (c.d. passarelle).

Di particolare interesse per il nostro ordinamento è l'esperienza tedesca. Da un lato, infatti, in quel paese la Costituzione ha subito diversi emendamenti volti a organizzare il rapporto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione, su sollecitazione del Tribunale costituzionale, che tiene fermo il principio per il quale la sovranità appartiene allo stato nazionale, e non è stata trasferita all'Unione. Dall'altro, la Costituzione tedesca prevede espressamente i principi





immodificabili, e ha adeguato a tale regola fondativa la disciplina dei rapporti con l'Unione.

In particolare, la Costituzione tedesca afferma nell'art. 20, intitolato "I fondamenti dell'ordinamento statale", che la Repubblica federale di Germania è uno Stato federale, democratico e sociale; e nell'art. 79 (corrispondente al nostro art. 138) è stabilito al 3° comma che non è consentita nessuna modifica della legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati dall'art. 1 (la protezione della dignità umana e degli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo) e dal citato art. 20 (che comprende il principio dello Stato sociale). La norma introdotta con riferimento all'Unione europea, l'art. 23, stabilisce che alle leggi che trasferiscono sovranità all'Unione e alle modifiche dello stesso testo costituzionale si applicano i limiti (i controlli, diremmo noi) previsti dall'art. 79. Sono inoltre puntualmente previsti i poteri del parlamento, che vincolano il governo federale nelle sue decisioni incidenti sugli atti normativi dell'Unione.

D'altra parte, come si è ricordato, i principi della costituzione economico-sociale tedesca sono molto simili a quelli italiani.

Ci si può allora domandare se vi sia tra i "controlimiti" di cui parla la nostra Corte costituzionale il principio che la Costituzione tedesca definisce dello Stato sociale e che per il Tribunale costituzionale di quel paese (da ultimo nella decisione Mangold del 6 luglio 2010) costituisce un "settore inalienabile dell'identità costituzionale".

Dalla nostra Costituzione può trarsi in effetti un "principio sociale", inquadrabile nei principi fondamentali o supremi di cui parla la Corte costituzionale a proposito dei limiti alla supremazia del diritto dell'Unione su quello nazionale. Rimane insomma a mio avviso valida la lezione di Costantino Mortati.

Il "principio sociale" come principio supremo può desumersi, anzitutto, dalla funzione sociale della proprietà privata, dai limiti che l'art. 41 appone allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, dal riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali. E dai principi dei doveri di solidarietà (seconda parte dell'art. 2) e della c.d. eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma). Che concretamente possa porsi un conflitto tra questi principi e il diritto europeo si è visto, credo, nelle vicende giurisprudenziali recenti, alle quali ho fatto prima riferimento.

A me pare, in definitiva, che abbia senso affrontare e approfondire il tema del "controlimite sociale" rispetto alla preminenza del diritto europeo sul nostro diritto costituzionale.

A questo tema si lega quello del rapporto tra competenze dell'Unione e competenze nazionali. Come è noto, tanto la proprietà privata quanto i principali diritti sociali sono, secondo i Trattati (cfr. rispettivamente artt. 345 e 153 TFUE), estranei alla competenza dell'Unione e affidati alla legislazione nazionale. Tuttavia, prima la giurisprudenza della Corte di giustizia e poi il valore giuridico attribuito alla Carta dei diritti sembrano dire altrimenti; ancorché gli artt. 51 e 52, 5° comma, della Carta dei diritti prevedano poi che l'applicazione dei diritti e dei principi previsti dalla Carta medesima deve avvenire "nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei Trattati"; e il Regno Unito e la Polonia abbiano escluso la rilevanza stessa, nei rispettivi ordinamenti, della Carta dei diritti.

Del resto, la Corte costituzionale (80/2011) ha affermato che la Carta dei diritti rileva "unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale".

Rimane aperto, quindi, il problema degli atti *ultra vires* dell'Unione, che potrebbero verificarsi – avverte il Tribunale costituzionale tedesco nella decisione da ultimo citata – quando "venissero fondati, in via di ulteriore costruzione giudiziale del diritto, non solo diritti ma anche obblighi dei cittadini, che si rivelerebbero non solo come interventi limitativi sui diritti fondamentali, ma anche come spostamenti di competenza a svantaggio degli Stati membri".

Vista poi sul versante della giurisprudenza europea, ci si può domandare se l'esigenza di uniformità del diritto europeo non possa, anche nella materia qui considerata, tenere in maggior considerazione l'identità costituzionale dei singoli Stati.

Al criterio del "margine di apprezzamento", riservato agli Stati nazionali, fa talvolta riferimento la Corte EDU (e la stessa Corte di giustizia nel caso Omega); particolare rilievo assume tale criterio nella decisione CEDU sul Crocifisso nelle scuole (Lautsi e altri c. Italia, 18 marzo 2011). Sotto questo profilo, può assumere un significato forse più rilevante, che quello di un mero riparto di competenza, la ricordata previsione dell'art. 6 TUE, per la quale sia le disposizioni della Carta dei diritti sia l'adesione all'Unione della CEDU non modificano le competenze dell'Unione definite dai Trattati.

8. Dignità umana, democrazia e identità sociale europea.

Infine, tre sintetiche considerazioni conclusive. La prima riguarda la clausola della dignità umana, alla quale ho in precedenza accennato. Gli autori

che di recente hanno approfondito la materia segnalano l'esigenza di dare a tale nozione un contenuto non eccessivamente vago o generico: essa oggi è "un processo", non un "risultato definitivo" (Di Ciommo), che richiede una sorta di fondazione "antropologica" (Rodotà).

La Corte di giustizia nella sentenza Omega del 2004 ha fatto ricorso alla nozione di dignità umana per legittimare un provvedimento nazionale che vietava lo sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi. Ma la questione principale da approfondire, per rendere meno inafferrabile la clausola della dignità, è a mio avviso quella del rapporto fra il principio di dignità e le tutele sociali. L'art. 3 della nostra Costituzione parla di "pari dignità sociale"; l'art. 41, 2° comma, pone "la dignità umana" come limite alla libertà di iniziativa economica; e l'art. 22 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Onu afferma che ogni individuo ha diritto alla realizzazione "dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità". E già per l'art. 151 della Costituzione di Weimar "l'ordinamento della vita economica deve corrispondere ai principi di giustizia al fine di garantire un'esistenza dignitosa per tutti. Entro tali limiti va salvaguardata la libertà economica del singolo".

Come si vede, una "antropologia sociale" della dignità umana era presente nei testi novecenteschi.

La nozione europea di dignità, secondo questa prospettiva, andrebbe considerata non solo con riferimento al diritto alla vita e all'integrità della persona e alla proibizione della tortura e della schiavitù (ai quali si limita al Titolo I della Carta); ma in modo da ricomprendere quegli aspetti sociali che concorrono a rendere "libera e dignitosa" un'esistenza, come dice la nostra Costituzione con riferimento alla retribuzione dei lavoratori. Del resto, se non si seguisse una strada di questo genere, la nozione di dignità umana assunta dalla Carta resterebbe nei limiti già affermati dal costituzionalismo ottocentesco. Non si vedrebbe, insomma, nessuna significativa novità.

La seconda considerazione riguarda il rapporto tra il principio dello Stato sociale e le attuali politiche dell'Unione europea.

Il rapporto tra diritti sociali e politiche attuative ha una rilevanza anche teorica, come ha sottolineato Ferrajoli.

Il diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Costituzione rimanda a politiche di piena occupazione ("la Repubblica ... promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto": formula che manca nell'art. 15 della Carta dei diritti). La funzione sociale della proprietà privata rimanda, tra l'altro, all'intervento pubblico nell'economia. La tutela dei diritti sociali,

alla costruzione dello Stato sociale. E' noto che politiche di questo tipo non fanno parte degli orientamenti attuali dell'Unione, che d'altronde non disporebbe neppure degli strumenti giuridici per attuarle, non previsti dai Trattati.

Ma questa constatazione non deve condurre a considerare caducati i principi "sociali" della Costituzione italiana, come affermano alcuni autori. La funzione dei principi costituzionali è anche quella di costruire un freno a tendenze che, se dispiegate liberamente, possono condurre a vanificarli. E' questo, del resto, il valore fondamentale della rigidità costituzionale.

L'ultima considerazione riguarda una questione sollevata dal Tribunale costituzionale tedesco nell'affermare il principio della permanenza della sovranità nella Repubblica federale: l'assenza cioè di un'adeguata legittimazione democratica della "costituzione europea". La "tolleranza costituzionale", cioè l'accettazione da parte dei popoli dell'Europa di una legge non pronunciata nel loro nome, della quale parlava qualche anno fa Weiler, rischia di arrivare ad un limite, oltre il quale potrebbe tramutarsi nel suo contrario: e i segnali non mancano.

Anche per questo, chi crede nella "scelta europea" ha molte ragioni per porre il tema della necessità di garantire, nella costruzione europea, quelle realizzazioni (lo Stato sociale, la regolazione pubblica dell'economia, le tutele dei diritti dei lavoratori), che furono proprie di molti Stati nazionali nel trentennio successivo alla seconda guerra mondiale. Sono del resto tali realizzazioni, credo, a definire oggi l'identità europea nel mondo multipolare, e non l'ideologia liberista che è alla base della enfattizzazione delle "quattro libertà" dei Trattati.

E la garanzia dell'identità sociale europea è oggi contenuta nelle norme costituzionali nazionali, non nei Trattati.

Difendere il valore giuridico dei principi costituzionali sociali può allora anche concorrere a tenere aperta la prospettiva di una riforma dell'Unione, che vada oltre i limitati orizzonti dei Trattati.



I DIRITTI SOCIALI NELL'UNIONE EUROPEA DOPO IL TRATTATO DI LISBONA. PARADOSSI, RISCHI E OPPORTUNITÀ

Di Stefano Giubboni

Professore associato di Diritto del lavoro dell'Università di Perugia

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. L'Europa sociale nel Trattato di Lisbona. – 3. L'(accresciuta) asimmetria tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. “Accesso alla giustizia” vs. “giustizia sostanziale” nella giurisprudenza comunitaria sui diritti a prestazione sociale su base transnazionale. – 5. Giudizializzazione vs. ripoliticizzazione delle questioni sociali nell'Unione europea: qualche spunto conclusivo.

1. Premessa

La graduale emersione dei diritti sociali nell'ordinamento (oggi) dell'Unione europea è avvenuta in una sorta di “controttempo” rispetto alle dinamiche di lungo periodo dei sistemi di *welfare* (per ciò che interessa qui, di diritto del lavoro e della sicurezza sociale) degli Stati membri. Il contrasto e la sfasatura temporale sono evidenti se si guarda allo sviluppo storico dei *welfare state* dei paesi fondatori della (allora) Comunità economica europea, a partire dal secondo dopoguerra.

Se pensiamo ad esempio all'Italia, la fase di ascesa del diritto del lavoro secondo il modello ga-

rantistico classico trova il suo apice, dopo il faticoso avvio delle riforme intorno alla metà degli anni sessanta, nello Statuto dei lavoratori¹, per declinare rapidamente nel decennio successivo². Gli esordi del-

* Con taluni adattamenti e l'aggiunta delle note, è il testo della relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, svoltosi a Perugia il 25 e 26 marzo 2011.

¹ Ricostruisce magistralmente questa stagione di riforme sociali e di “disgelo costituzionale” S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1865-2011*, Roma, 2011, pp. 98 ss.

² Basti il richiamo a G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giornale di diritto del lavoro*



le politiche sociali comunitarie, nella metà degli anni settanta dello scorso secolo, coincidono, in buona sostanza, con quella che, in Italia, fu chiamata la stagione del diritto del lavoro dell'“emergenza” e, subito dopo, della “crisi”³; stagione che ha dato avvio ad un'epoca – che a ben vedere giunge a maturazione solo oggi – di profonda revisione dei paradigmi politico-normativi di riferimento, a cominciare dalla definitiva messa in discussione delle dinamiche di tipo “acquisitivo” sino ad allora dominanti⁴. La Comunità economica europea inaugura non a caso le proprie politiche armonizzatorie in materia sociale con le “grandi direttive” sulla crisi d'impresa della seconda metà degli anni settanta⁵, innestando il suo intervento nel tronco della armonizzazione che Massimo D'Antona ha definito “funzionalista”⁶.

L'osservazione appena fatta può del resto essere ripetuta – sia pure con le dovute distinzioni, specie nelle periodizzazioni utili alla ricostruzione delle dinamiche storico-politiche di cambiamento dei singoli sistemi nazionali⁷ – anche per altri ordinamenti europei, come ad esempio per quello francese⁸. La stessa Gran Bretagna fece il suo ingresso nelle Comunità europee poco prima che il fragile compromesso di quella che è stata chiamata “l'era del *Social Contract*” entrasse in crisi con l'avvento

ro e di relazioni industriali, 1986, pp. 317 ss. (poi anche in Id., *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, 1989, pp. 337 ss.).

³ Cfr., tra i contributi più significativi di quel periodo, R. DE LUCA TAMAJO, L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Napoli, 1979; M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, L. VENTURA, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Napoli, 1988; L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988.

⁴ Per una recente ricostruzione in chiave storica, attenta anche alle vicende della cultura giuslavoristica italiana, v. P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, 2008, nonché P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in G.G. BALANDI, G. CAZZETTA (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, 2009, pp. 21 ss.

⁵ Cfr. la recente ricostruzione di A. LO FARO, *Le Direttive in materia di crisi e ristrutturazione di impresa*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del *Trattato di diritto del lavoro dell'Unione europea* diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2009, pp. 392 ss.

⁶ M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, pp. 3 ss. (ora in Id., *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro – Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. CARUSO e S. SCIARRA, Milano, 2000, pp. 377 ss.).

⁷ Un'aggiornata e comprensiva sintesi comparata delle trasformazioni intervenute nei principali paesi europei è ora reperibile in B. HEPPLE, B. VENEZIANI (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Oxford e Portland, 2009.

⁸ V. l'acuminata sintesi di A. SUPLOT, *Le droit du travail*, Paris, 2004, spec. cap. I e II.

al potere dei conservatori e con la successiva lunga stagione dell'inarrestabile declino del potere (delle prerogative giuridiche e, insieme, della forza e della legittimazione sociale) del sindacato⁹.

Quel “controttempo” caratterizza, del resto, in termini se si vuole paradossali, un altro aspetto della vicenda che ha condotto alla emersione dei diritti e delle politiche sociali a livello sopranazionale. La percezione e la tematizzazione del *deficit* sociale europeo prendono corpo, infatti, solo dopo che, a partire dall'Atto Unico del 1986, la Comunità non solo espande la propria azione in materia sociale, anche sul versante (pur rivisitato) delle politiche di armonizzazione, ma immette, finalmente, nel corpo del Trattato istitutivo basi normative autonome, per quanto ancora deboli e materialmente circoscritte, per una più incisiva politica sociale sopranazionale¹⁰. La percezione di questo *deficit* si è fatta del resto sempre più acuta nel corso degli ultimi anni, sino a diventare per certi versi lacerante oggi¹¹, pur a fronte dell'ulteriore espansione e dell'indubbio rafforzamento di quelle basi giuridiche e del più ampio complesso di strumenti istituzionali di azione in materia sociale, messo in atto dalla Comunità e, poi, dall'Unione, a partire già dalla revisione di Maastricht, ed in specie da quella di Amsterdam del 1997, sino a giungere al Trattato di Lisbona.

Oggi ci troviamo di fronte ad un altro “controttempo” nel riconoscimento dei diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea, con risvolti, almeno all'apparenza, non meno paradossali di quelli appena segnalati¹². La “matrice sociale del processo di costituzionalizzazione europea ha raggiunto, infatti, il suo picco”¹³, in particolare con

⁹ Cfr. P. DAVIES, M. FREEDLAND, *Labour Legislation and Public Policy*, Oxford, 1993, cap. 8 e 9.

¹⁰ Si vedano le recenti ricostruzioni di S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, cit., pp. 1 ss., e di F. CARINCI, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'“Europa” in cammino*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, IX, *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, Torino, 2010, pp. 1 ss.

¹¹ Si veda la lucida e amara analisi lasciataci da T. JUDT, *Ill Fares the Land*, New York, 2010, spec. cap. II.

¹² Ho elaborato più diffusamente le ragioni di questo (apparente) paradosso in S. GIUBBONI, *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione europea*, in *Questa nostra Costituzione. Sessant'anni dopo, Quaderni del Ponte*, n. 10, Firenze, 2009, pp. 45 ss.

¹³ H.-W. MICKLITZ, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law*, in U. NEERGARD, R. NIELSEN, L. ROSEBERRY (eds.), *The Role of the Courts in Developing a European Social Model*, Copenhagen, 2010, pp. 25 ss., qui p. 36. Analogamente, sulla maturazione, col Trattato di Lisbona, della “strategia costituzionale” europea all'insegna dei diritti sociali fondamentali, B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge, 2009 (seconda ed.), pp. 198 ss.

l'attribuzione alla Carta di diritti fondamentali dell'Unione dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6, comma 1, del TUE), proprio nel momento in cui è probabilmente arrivata al suo acme anche l'asimmetria tra la penetrazione delle libertà economiche del mercato interno e la garanzia dell'autonomia dei sistemi sociali nazionali¹⁴.

Non è difficile individuare i momenti essenziali di questo "controtempo", guardando anche solo sommariamente alla recente evoluzione dell'ordinamento dell'Unione europea.

2. L'Europa sociale nel Trattato di Lisbona.

Gli osservatori più attenti hanno giustamente messo in luce i significativi elementi di innovazione contenuti, in materia sociale, nel Trattato di Lisbona¹⁵. Questi non riguardano tanto la sfera delle competenze legislative dell'Unione, visto che gli articoli 151 e seguenti del TFUE confermano, nella sostanza, con modifiche molto limitate, il contenuto delle previsioni già presenti, a questo riguardo, nel titolo sulla politica sociale del TCE.

La previsione probabilmente più innovativa del nuovo titolo X del TFUE non incide, invero, né in senso estensivo, né in termini rafforzativi, sulle competenze legislative dell'Unione nella sfera del lavoro e della sicurezza sociale¹⁶. L'art. 152 del TFUE – che impegna in particolare l'Unione a riconoscere e promuovere il ruolo delle parti sociali al

suo livello, tenendo conto anche della diversità dei modelli nazionali, facilitandone il dialogo "nel rispetto della loro autonomia" (comma 1) – non aggiunge, infatti, nuove competenze legislative, né estende quelle esistenti. Essa, tuttavia, in raccordo con l'art. 11 del TUE e con gli strumenti di democrazia partecipativa dallo stesso previsti¹⁷, svolge un'importante funzione di rafforzamento della legittimazione degli istituti del pluralismo sociale al livello dell'Unione¹⁸, accrescendo la rilevanza tanto della concertazione e della contrattazione collettiva come metodo di regolazione sopranazionale (ex art. 155 del TFUE), quanto di quei processi di negoziazione collettiva autonoma diffusisi¹⁹, in diverse forme, nella dimensione europea e transnazionale in questi ultimi anni²⁰.

In questo senso, benché rivolta alla garanzia degli strumenti del pluralismo sociale europeo, la disposizione dell'art. 152 del TFUE va letta in stretta connessione anche con le nuove previsioni di apertura del TUE, che nel rideterminare il contenuto dei valori e degli obiettivi dell'Unione corroborano senza dubbio la dimensione sociale della stessa, attribuendole una rilevanza sconosciuta al previgente testo del TCE. Il rafforzamento del peso ponderale dei valori e degli obiettivi sociali emerge agevolmente da un confronto sinottico tra la versione previgente e quella attuale degli artt. 2 e 3 del TUE, e risulta in modo ancor più marcato nel confronto con le corrispondenti previsioni attinenti alla sfera della integrazione del mercato ed a quello che potrebbe dirsi il nucleo duro della costituzione economica europea²¹.

L'art. 2 imbeve il nuovo tessuto valoriale dell'Unione di una forte connotazione sociale, laddove sancisce che essa si fonda – anzitutto – sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e della tutela dei diritti umani, e là dove altresì ne riconosce la parte-

¹⁴ Basti il riferimento a F.W. SCHARPF, *The Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot Be a "Social Market Economy"*, KFG Working Papers, Freie Universität Berlin, n. 6/2009, e a CH. JOERGES, *Will the Welfare State Survive the European Integration?*, in *European Journal of Social Law*, 2011, n. 1, pp. 4 ss.

¹⁵ Cfr. in particolare M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2009 (quarta ed.), pp. 32 ss.; D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, pp. 509 ss.; A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT.-82/2010.

¹⁶ Queste sono semmai interessate dalla possibilità – contemplata dall'art. 153 del TFUE – che, sulle importanti materie sociali per le quali viene tuttora conservata la regola dell'unanimità in seno al Consiglio (con gli ovvi riflessi negativi in ordine all'effettivo esercizio delle competenze legislative), quest'ultimo possa decidere il passaggio alla maggioranza qualificata ed alla procedura legislativa ordinaria. La "norma passerella", di cui è difficile allo stato stimare le concrete (forse scarse) potenzialità applicative, non si applica, peraltro, alla materia della sicurezza e protezione sociale dei lavoratori, gelosamente custodita dentro la sfera della procedura legislativa speciale con la regola dell'unanimità in seno al Consiglio. Cfr. su tali aspetti PH. SYRPIS, *The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?*, in *Industrial Law Journal*, 2008, pp. 219 ss., spec. p. 226.

¹⁷ V. F. RASPADORI, *La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3 del 2010, pp. 675 ss.

¹⁸ Cfr. B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT.-81/2010, pp. 6-7.

¹⁹ Cfr. in generale, da ultimo, D. COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT.-76/2010.

²⁰ Si veda, più di recente, la ricostruzione teorica che ne propone S. SCIARRA, *Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law*, Jean Monnet Working Paper, NYU School of Law, 04/10.

²¹ Cfr. C. PINELLI, *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 67 ss.; A. WILLIAMS, *The Ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge, 2010, spec. pp. 283 ss.



cipazione ai valori – comuni agli Stati membri – del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e della parità tra donne e uomini. L'art. 3, comma 3, innova gli obiettivi dell'Unione con la formula – assai discussa per le sue ambigue ascendenze ordoliberali²², ma chiara quantomeno nella sua ispirazione politica di principio²³ – dell'“economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”, oltre che a un elevato livello di tutela e al miglioramento della qualità dell'ambiente²⁴.

Quella formula si colora d'altra parte di una pregnanza – anche operativa – potenzialmente non meno innovativa nella previsione dell'art. 9 del TFUE, alla cui stregua, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e delle sue azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse – in particolare – con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale e la lotta contro l'esclusione²⁵. Ed un'analoga clausola orizzontale del Trattato conferisce all'Unione un pari dovere di *mainstreaming* con riguardo all'ampio ventaglio delle politiche antidiscriminatorie, che tagliano oramai trasversalmente l'intera sfera dell'azione sociale sopranazionale (v. l'art. 10 del TFUE).

Allo stesso tempo, in quelle previsioni d'apertura del nuovo TUE, il riferimento – (già) così pregnante nel connotare i principi della costituzione economica europea²⁶ – alla “economia di mercato aperta ed in libera concorrenza”, che si trovava nel testo del vecchio Trattato, è stato come noto soppresso, e si trova ora relegato, ed anche simbolicamente postergato, nel protocollo n. 27 allegato

to ai trattati. La formula – formalmente espunta dal cuore dei valori, degli obiettivi e dei principi generali dell'Unione – continua a comparire nell'apposita sede dell'art. 119 del TFUE, che apre il titolo VIII sulla politica economica e monetaria. Ciò che pure sembra confermare il depotenziamento e quasi il declassamento della formula dell'“economia di mercato aperta e in libera concorrenza” da principio a valenza generale a principio di settore, caratterizzante, cioè, la sfera di competenze legislative e di azione alla quale è specificamente riferito. Sfera che, per quanto importante e qualificante, non potrebbe, tuttavia, più pretendere di assumere un significato centrale, o addirittura dominante, nell'interpretazione della costituzione (economica) europea, anche per la consapevolezza che il rilancio dello stesso progetto del mercato unico richiede – in una logica sistemica di *governance* unitaria – un insieme armonico e coerente di politiche della concorrenza e, insieme, di politiche industriali “attive” e di politiche di coesione sociale e territoriale²⁷.

Un'enfasi nuova sulla centralità della dimensione sociale del mercato interno si ritrova, d'altra parte, sorretta dalla stessa logica politica, nella riformulazione della previsione, ora contenuta nell'14 del TFUE (cui si aggancia il protocollo 26 allegato ai trattati), sulla “importanza dei servizi economici di interesse generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione”. Previsione nella quale pure è evidente, sempre sul piano politico (ed ancorché con problematici effetti potenziali sulla futura applicazione delle regole di concorrenza in tale ambito)²⁸, la volontà di allargare la sfera riservata alla discrezionalità delle determinazioni e delle opzioni politiche degli Stati membri, specie in ordine alla garanzia delle condizioni di “agibilità” economica e finanziaria dei servizi di interesse generale.

È allora indubitabile – come si è giustamente osservato in dottrina – come soprattutto le previsioni generali dei nuovi trattati riformati a Lisbona dischiudano, in astratto, “forti potenzialità di invertire il rapporto tra Europa economica ed Europa sociale”²⁹. L'interprete, in primo luogo quello giudiziale, si trova in effetti di fronte ad un quadro di valori, di obiettivi e di principi fortemente innovato dai tratta-

²² Cfr. CH. JOERGES, F. RÖDL, “Social Market Economy” as Europe's Social Model?, in L. MAGNUSSON, B. STRÄTH (eds.), *A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies from Historical Perspectives*, Bruxelles, 2004, pp. 125 ss.

²³ Che è certamente nel senso del riequilibrio tra le “asimmetrie interne” che l'Unione ha accumulato “fra l'integrazione del mercato a livello sovranazionale e la protezione sociale a livello nazionale”, come chiarisce autorevolmente Mario MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, Bruxelles, 9 maggio 2010, p. 73.

²⁴ In raccordo – si noti – con il macro-obiettivo di uno “sviluppo sostenibile”, enunciato dalla stessa disposizione.

²⁵ L'importanza della clausola sociale orizzontale, ed il suo stretto collegamento con l'obiettivo della “economia sociale di mercato”, è sottolineata nella comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva*, COM(2010) 608 definitivo, del 27 ottobre 2010, in particolare a p. 20.

²⁶ Cfr. ad es. J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Communities*, Oxford e Portland, 2002.

²⁷ È questa la visione globale suggerita da Mario Monti, nel rapporto sulla nuova strategia per il mercato unico citato alla nota 23, e fatta propria dalla stessa Commissione europea (di cui v. la comunicazione richiamata alla nota 25 nonché, in precedenza, la comunicazione *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM[2010] 2020, del 3 marzo 2010).

²⁸ Su cui cfr., di recente, G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

²⁹ D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro*, cit., p. 521.



ti, con una decisa proiezione oltre la dimensione funzionale ed economica dell'integrazione europea, e con un indubbio riconoscimento di una coesenziale *finalité* sociale dell'Unione. Nella nuova piattaforma assiologica profilata dalle norme di apertura dei trattati, il mercato cessa di porsi come luogo sovrano dell'Unione e la concorrenza retrocede da valore protetto finalisticamente in quanto tale a strumento della "economia sociale di mercato".

Un siffatto riequilibrio costituzionale discende, del resto, in questa prospettiva, ed è anzi specificamente rafforzato, dalla definitiva acquisizione della Carta di Nizza/Strasburgo, ed in particolare del corposo catalogo di diritti e principi sociali fondamentali ivi sancito, al diritto primario dell'Unione europea. È infatti nella compiuta costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali al livello dell'Unione che, secondo una diffusa opinione³⁰, va individuato il momento di più incisiva revisione dell'assetto complessivo dell'ordinamento sopranazionale in una direzione che, finalmente, possa consentire operazioni di bilanciamento non più pregiudizialmente favorevoli alle libertà di mercato.

3. L'(accresciuta) asimmetria tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nonostante l'indubbia forza persuasiva di tali argomenti³¹, è difficile peraltro negare che – almeno

allo stato – essi, nella migliore delle ipotesi, guardino obiettivi di riequilibrio potenziale tra diritti e valori sociali e libertà e principi economici che appaiono ancora molto lontani dagli orientamenti dominanti, oggi, sia nella prassi delle istituzioni comunitarie sia, per quanto più interessa in questa sede, negli effettivi indirizzi della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Affronteremo nelle conclusioni la questione se tale distonia tra il "picco" della costituzionalizzazione orientata ai valori sociali, quale emerge dal nuovo assetto del diritto primario dell'Unione europea, e l'arcigna applicazione delle libertà economiche fondamentali, che ancora impronta la giurisprudenza della Corte di giustizia, sia, per così dire, circostanza congiunturale (dovuta, cioè, al fatto contingente che il Trattato di Lisbona è solo da poco entrato in vigore e non ha quindi potuto irradiare dei nuovi valori la prassi applicativa) oppure risponda a istanze più profonde e diremmo strutturali, che la mera riscrittura dei valori e degli obiettivi dell'Unione, o la stessa garanzia formale dei diritti sociali enunciati nella Carta di Nizza/Strasburgo, ora "vincolante", non sono in grado, da sole, di correggere. Per l'intanto è necessario dare conto della persistenza di questa asimmetria, di questo "controttempo", per continuare a usare la metafora utilizzata in apertura, di questa sorta di perdurante contrasto o dissonanza ritmica e temporale, che sembra doversi ancora cogliere negli orientamenti radicati della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in tema di conflitto tra diritti o valori sociali e libertà economiche fondamentali.

Le celebri sentenze *Viking* e *Laval*³² rappresentano senza dubbio il picco di tale asimmetria, come anche di quella "linea paradossale"³³ dell'attuale fase della giurisprudenza comunitaria, nella quale il riconoscimento del diritto di sciopero, la sua inclusione tra i principi generali dell'ordinamento dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto, è funzionale alla sua radicale compressione nel "bilanciamento" con le contrapposte libertà economiche di stabilimento e di prestazione dei servizi³⁴; se-

³⁰ Cfr., per tutti e da ultimo, M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona: verso nuovi equilibri?*; in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2010, pp. 221 ss.; F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2010, pp. 145 ss.; e, tra i lavoristi, G. BRONZINI, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine "costituzionale" per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma, 2010, pp. 35 ss.; A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti*, cit., pp. 18 ss.

³¹ Argomenti che anche chi scrive ha, peraltro, contribuito a elaborare, in particolare con riguardo al (e nella fase del) progetto, poi fallito, ma in realtà sostanzialmente ripreso dal nuovo TUE e dal TFUE, del Trattato costituzionale europeo: sia permesso il rinvio, *inter alia*, a S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 27 del 2004, pp. 9 ss.; Id., *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in P. COSTANZO, S. MORDEGLIA (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano, 2005, pp. 23 ss.; Id., *Trabajo y derecho social en la "nueva" Constitución europea. Apuntes comparatísticos*, in M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PÉREZ TREMPES (sotto la direzione di), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005, pp. 598 ss. E si veda pure, in una linea di sostanziale adesione e sviluppo di que-

gli argomenti, M. MUTARELLI, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione europea*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-54/2007.

³² Pronunciate dalla Corte di giustizia nel procedimento, rispettivamente, C-438/05 e C-341/05.

³³ D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro*, cit., p. 552.

³⁴ Come scrive G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, pp. 237 ss., nelle due sentenze "il riconoscimento del diritto di sciopero nell'Ue assume un carattere quasi beffardo, se è vero che esso è operato per negarne la possibilità di esercizio" (p. 281).

condo una formula di asserito contemperamento che smentisce in realtà se stessa, nel totale sacrificio di una delle situazioni soggettive in conflitto a beneficio della primazia assoluta riservata all'altra. E che risulta – come accenneremo meglio tra breve – sostanzialmente distonica rispetto alle indicazioni ricavabili, in sede comparata, dalle (pur assai diverse) tradizioni costituzionali degli Stati membri, oltre che, ora, rispetto alla linea di equilibrio (ed autentico bilanciamento) che emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul contenuto di tutela dell'art. 11 della Convenzione di Roma³⁵.

Nella non meno nota sentenza *Albany*³⁶, nella quale è invece assente, nel percorso argomentativo della Corte di giustizia, l'ascrizione del diritto di negoziazione collettiva al novero dei diritti sociali fondamentali, l'attenta ponderazione degli obiettivi e dei valori sociali già enunciati dal Trattato di Roma servì nondimeno a garantire al contratto collettivo istitutivo del fondo pensionistico di categoria un'ampia sfera di immunità dalla incidenza delle regole comuni di concorrenza. Seppure nell'ambito di una logica di tendenziale funzionalizzazione del contratto collettivo³⁷, la Corte seppe infatti ritagliare un'ampia area di rispetto dell'autonomia collettiva e, dunque, una sfera di azione sindacale libera dai vincoli derivanti dai principi sulla libertà di concorrenza nel mercato interno. Sennonché, per fare ciò, la Corte di giustizia non dovette arrivare a riconoscere, a differenza di quanto (giustamente) fa oggi, un vero proprio diritto (sociale) fondamentale dell'ordinamento dell'Unione europea; in quel di-

verso e meno favorevole contesto normativo, le fu sufficiente restare all'interno della logica funzionale della garanzia degli interessi sociali obiettivi affermati dal Trattato di Roma, da poco modificato da quello di Amsterdam. In quella logica, criticata in dottrina proprio per l'assenza del linguaggio dei diritti fondamentali, questi rimanevano perciò ancora "sullo sfondo", nella misura in cui "l'opportunità del loro soddisfacimento [era] vista soltanto nella realizzazione degli obiettivi sociali"³⁸; ma la garanzia di tali interessi assicurava, nondimeno, all'autonomia collettiva una vasta sfera di immunità dal diritto della concorrenza e del mercato europeo.

Sicché oggi non può non apparire paradossale come, conquistato finalmente, con la compiuta costituzionalizzazione della Carta di Nizza/Strasburgo, il traguardo del pieno riconoscimento dei diritti fondamentali di azione e negoziazione collettiva allo stesso livello dell'Unione europea, la Corte di giustizia riconosca, almeno formalmente, una siffatta garanzia, ma, in buona sostanza, solo per abbassare la soglia di tutela già accordata, in passato, a quei medesimi "interessi sociali". È quanto a ben vedere avvenuto, oltre che in *Viking* e *Laval* in tema di diritto di sciopero, anche nella recente sentenza *Commissione contro Repubblica federale di Germania*³⁹, nella quale la Corte, pur a fronte del riconoscimento del diritto fondamentale alla negoziazione collettiva, ha negato che gli accordi in materia di previdenza complementare, conclusi in tale ambito dalle parti sociali, sfuggissero all'applicazione delle norme in materia di libera prestazione dei servizi e, in particolare, alla disciplina comunitaria degli appalti pubblici. Ed anche in questa pronuncia, benché in termini decisamente più sfumati rispetto all'arcigna impostazione protoliberalista seguita in *Viking* e *Laval*⁴⁰ ed in una logica

³⁵ Si fa riferimento alle note sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Demir e Baykara c. Turchia*, del 12 novembre 2008, e *Eneryi Yapi, Yol Sen c. Turchia*, del 21 aprile 2009, ove la Corte di Strasburgo ha elevato al rango di diritti fondamentali garantiti dall'art. 11 della Convenzione di Roma il diritto di negoziazione collettiva ed il diritto di sciopero, in quanto corollari inscindibili della libertà di associazione sindacale. Sulla importanza e la portata innovativa di tali sentenze, anche per le possibili ricadute sulla futura giurisprudenza della Corte di Lussemburgo per il tramite dell'art. 6 del TUE e dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v., tra gli altri, cfr. G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, pp. 975 ss.

³⁶ Corte di giustizia, causa C-67/96.

³⁷ Concezione, questa, criticata in dottrina in quanto suscettiva di limitare l'*antitrust immunity* al perseguimento, da parte delle organizzazioni sindacali stipulanti, di scopi coerenti con la "natura" e l'oggetto del contratto collettivo (punto 63 della sentenza), implicandosi, con ciò, un corrispondente sindacato giudiziale sui limiti entro i quali tale funzione di tutela collettiva dell'interesse professionale dei lavoratori potesse dirsi realizzata. Cfr. sul punto M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, II, pp. 225 ss.

³⁸ Così M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999 – La costituzione europea (Atti del XIV convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999)*, Padova, 2000, pp. 507 ss., qui p. 530. In senso conforme, e parimenti critico, S. GIUBBONI, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze "pratiche" e conflitti "teorici"*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, pp. 685 ss., spec. pp. 718-719.

³⁹ Corte di giustizia, 15 luglio 2010, causa C-271/08.

⁴⁰ Quelle pronunce hanno evocato, in dottrina, forse con qualche eccesso polemico, i fantasmi della legge *Le Chapelier* della Francia rivoluzionaria del 1791, con la sottostante concezione, così tipica della fase sorgiva dell'ideologia del liberalismo economico, per cui l'esistenza stessa dell'azione collettiva e del sindacato che la realizza è contraria ai principi della libertà di mercato e alla necessità di sradicare ogni residua forma di intermediazione corporativa degli interessi espressi dalla società civile (cfr. V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI [a cura di], *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009, pp. 51 ss.). Mentre un acuto giurista nordamericano ha



di giudizio senza dubbio più coerente col modello del bilanciamento di interessi di pari rilievo costituzionale⁴¹, la Corte ha finito per assegnare una sostanziale prevalenza alla puntuale disciplina soprannazionale di settore della libertà economica, nella specie contenuta nelle direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE⁴².

Come è stato efficacemente osservato, nelle sentenze *Viking* e *Laval* il diritto di azione collettiva in situazioni rilevanti per l'ordinamento dell'Unione viene in effetti "ampiamente anestetizzato"⁴³ sulla base di un bilanciamento solo fittizio e apparente (soltanto proclamato "retoricamente"⁴⁴, ma appunto non attuato) con le contrapposte libertà di mercato, le quali vedono viceversa riaffermata una netta prevalenza nella gerarchia dei valori normativi cui la Corte si ispira. Ai limitati fini della nostra critica alla concezione dei diritti sociali di natura collettiva accolta dai giudici di Lussemburgo, è sufficiente segnalare i principali elementi di contraddizione con una linea di interpretazione che, se non riesce forse ad accomunare in senso proprio gli assai diversi assetti regolativi dello sciopero propri dei paesi dell'Unione, certo si avvicina a qualcosa di molto simile a quella che, con il linguaggio dell'art. 6 del TUE, potremmo chiamare una "tradizione costituzionale comune".

Anzitutto, il diritto di sciopero e quello di negoziazione collettiva vengono nella sostanza considerati dalla Corte, in ragione della forza sprigionata dal conflitto sindacale e della effettiva capacità di ostacolare o addirittura di bloccare la contrapposta attività di impresa transnazionale, come forme di potere del tutto analoghe a quelle esercitate dalla

pubblica autorità. Sennonché è evidente, al di là della suggestione delle concrete vicende fattuali all'origine di *Viking* e *Laval*, la diversità sostanziale delle situazioni in rilievo, alla luce di una concezione che può dirsi comune al costituzionalismo liberale e democratico europeo. Come è stato osservato, infatti, "un potere non è un diritto. Un diritto reclama protezione. Il riconoscimento del diritto di sciopero richiede, in principio, una certa sfera di immunità giudiziale"⁴⁵. Al contrario, il potere implica un controllo. E comporta la responsabilità di tenere conto degli interessi sia delle imprese che dei lavoratori di altri Stati membri"⁴⁶. Con questa contaminazione tra la dimensione del potere e quella del diritto – impropriamente fuse nella valutazione dell'azione collettiva con riflessi transnazionali – la Corte di giustizia finisce per prendere pericolosamente le "distanze dalla tradizione che radica lo sciopero, la contrattazione collettiva e la libertà sindacale nell'autonomia privata"⁴⁷.

Questa confusione va sciolta, riaffermando la necessaria distinzione tra potere pubblico ed azione privato-collettiva⁴⁸. Per riaffermare con forza che, quando riesce ad essere efficace, l'azione collettiva esprime un contropotere privato che ha come scopo costitutivo quello di riequilibrare – all'unico livello di azione possibile⁴⁹ – il potere di mercato della controparte datoriale. In ciò, tale potere non esibisce alcuna analogia col potere pubblico dello Stato, ma differisce anzi in modo essenziale da questo, in

proposto il paragone con l'era *Lochner* della Corte Suprema americana e gli effetti di smantellamento dei primi tentativi di protezione del lavoro che essa faceva derivare dal combinato disposto della dottrina del *substantive due process*, della interpretazione estesa delle leggi *antitrust* e della lettura restrittiva della *commerce clause* della costituzione degli Stati Uniti (cfr. I.H. ELIASOPH, *A "Switch in Time" for the European Community? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, n. 3, pp. 467 ss.).

⁴¹ Su tale modello v. da ultimo la pregevole sintesi di A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali II* – tomo II, Milano, 2008, pp. 185 ss.

⁴² Per una puntuale critica alla sentenza della Corte, v. U. CARABELLI, *Unione europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Tiziano Treu*.

⁴³ M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro nell'Europa sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, II, pp. 249 ss., qui p. 250.

⁴⁴ C. BARNARD, *Employment Rights, Free Movement Under the EC Treaty and the Service Directive*, Europa Institute, Mitchell Working Paper Series, 5/2008, p. 14.

⁴⁵ Una sfera, potremmo dire, di *agere licere* a tutela dell'interesse collettivo liberamente determinato dall'organizzazione sindacale; ciò che fa dello sciopero – secondo un'assai nota tassonomia – un "diritto sociale di libertà" (A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, spec. p. 178, e da ultimo M. LUCIANI, *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, pp. 1 ss.).

⁴⁶ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 1335 ss., qui p. 1345.

⁴⁷ V. ANGIOLINI, *Laval*, cit., p. 60. Per una critica alla Corte di analogo tenore v. anche F. DORSSEMONT, *The Right to Take Collective Action v. Fundamental Economic Freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, in M. DE VOS (ed.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes*, Antwerp, 2009, pp. 45 ss.

⁴⁸ Di "collasso della distinzione tra pubblico e privato" in *Viking* e *Laval* ha parlato anche A. SOMEK, *The Social Question in a Transnational Context*, paper presentato l'8 ottobre 2010 nell'ambito del ciclo di seminari su *Market Integration, EU Law and Social Conflicts*, organizzato presso la London School of Economics and Political Science (p. 6 del dattiloscritto).

⁴⁹ Per rievocare la celebre formula di Otto KHAN FREUND, *Labour and the Law*, London, 1983 (ed. a cura di P. DAVIES e M. FREEDLAND): "On the labour side, all power is collective power" (p. 17). E cfr. anche il classico insegnamento di G. GIUGNI, *Diritto sindacale* (aggiornato da L. BELLARDI, P. CURZIO e M.G. GAROFALO), Bari, 2010, pp. 231 ss.



quanto non può avvalersi, per definizione, dell'apparato coercitivo che accompagna l'esercizio di quest'ultimo e, per rinnovarsi e mantenere la sua efficacia, ha bisogno di rigenerarsi e misurarsi continuamente nel conflitto collettivo.

I gravi riflessi applicativi della contraddizione in cui cade la Corte di giustizia sono altrettanto evidenti. In *Viking*, l'applicazione del criterio di proporzionalità induce la Corte a relegare tendenzialmente lo sciopero ad *extrema ratio*, cui le organizzazioni sindacali coinvolte in tanto possono legittimamente far ricorso in quanto non dispongano di altri mezzi, meno restrittivi, della libertà di stabilimento per condurre a buon fine il negoziato con la controparte datoriale, dovendo il giudice nazionale accertare l'effettivo esperimento di tali percorsi meno invasivi rispetto alla contrapposta libertà di iniziativa economica. Ma, prima ancora, il giudice dovrà accertare se lo stesso obiettivo perseguito dall'azione sindacale sia giustificato; ciò che – nelle parole della Corte – sarebbe da escludere ove “fosse accertato che i posti di lavoro o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati”⁵⁰.

Si tratta di una concezione singolarmente ostile all'idea stessa di conflitto collettivo. La “scivolosa trappola della proporzionalità”⁵¹ spinge la Corte in territori inesplorati anche nelle tradizioni giuridiche dove lo sciopero viene più debolmente protetto⁵², attirando il giudice nazionale in una difficilissima valutazione sul merito del conflitto collettivo, sulla giustificazione stessa degli obiettivi di tutela, oltre che sulla congruità dei mezzi volti a conseguirli. Una valutazione di merito sindacale che – a rigore – non dovrebbe essere neppure lambita dal controllo giudiziale e che è oltretutto condotta alla stregua di un *test* di stretto scrutinio che si rivela particolarmente ostile all'autonomia dell'azione collettiva, finendo per limitare gli scopi di autotutela legittimamente perseguibili dalle parti sociali.

In *Laval*, l'applicazione del *test* di proporzionalità è schiacciata sulla verifica dell'osservanza della direttiva sul distacco, interpretata in termini indebi-

tamente riduttivi e minimalistici delle tutele applicabili nello Stato ospitante, per cui la tradizionale funzione di elevazione degli *standard* di tutela svolta dall'azione e dalla contrattazione collettiva viene in certo modo neutralizzata alla radice in nome della garanzia della certezza giuridica e della trasparenza dei rapporti negoziali transnazionali⁵³. Il richiamo alle previsioni della direttiva 96/71/CE sul distacco si traduce, così, di nuovo nell'applicazione di un *test* di *strict scrutiny*⁵⁴, che risulta perfino più restrittivo di quello applicabile agli Stati membri, i quali possono almeno giovare – seppure a condizioni ben delimitate – della valvola dell'ordine pubblico. Ed anche in *Commissione contro Germania* – in cui pure il richiamo al bilanciamento tra il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e i principi in tema di appalti pubblici di servizi sembra sorretto da una più appropriata valutazione del *modus operandi* proprio di questa tecnica di risoluzione dei conflitti tra diritti di rango costituzionale – l'applicazione rigorosa delle minuziose regole di trasparenza del mercato dettate dalle direttive 92/50 e 2004/18 determina, con meccanica consequenzialità, l'accertamento dell'inadempimento dello Stato membro.

4. “Accesso alla giustizia” vs. “giustizia sostanziale” nella giurisprudenza comunitaria sui diritti a prestazione sociale su base transnazionale.

La critica alla concezione dei diritti sociali riconosciuti dalla Corte di giustizia non può, peraltro, essere limitata ai riflessi in qualche modo paradossali che essa, come visto sin qui, implica in ordine alla tenuta di radicati assetti costituzionali dei diritti collettivi in Europa. Essa va estesa ad un altro terreno, nel quale per la verità l'attivismo della Corte in nome dei principi della cittadinanza dell'Unione è stato valutato, almeno sino ad oggi, in termini prevalentemente positivi anche dagli osservatori più rigorosi⁵⁵.

⁵⁰ Punto 81 della sentenza.

⁵¹ S. SCIARRA, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in *Industrial Law Journal*, 2010, pp. 223 ss., qui p. 235.

⁵² V. la preoccupata analisi critica di N. COUNTOURIS, *La Corte di giustizia e il vaso di Pandora del diritto sindacale europeo. Il punto di vista britannico*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, pp. 95 ss. Per un'analogia critica dal punto di vista del diritto tedesco v., inoltre, E. KOCHER, *Fundamental Social Rights in Community Law and in the German Constitution – Equivalent Rights?*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2008, vol. 24/3, pp. 385 ss.

⁵³ V. I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit., pp. 35 ss., spec. pp. 43-46.

⁵⁴ Cfr. C. KILPATRICK, *British Jobs for British Workers? UK Industrial Action and Free Movement of Service in EU Law*, Law Society and Economy Working Papers - London School of Economics and Political Science – Law Department, 16/2009, spec. p. 20.

⁵⁵ V. ad esempio, da ultimo, G. BRONZINI, *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in corso di pubblicazione in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nonché S. SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, 2011, pp. 132 ss.





Intendiamo riferirci a quella importante linea di giurisprudenza⁵⁶ che, dal *leading case Martínez Sala*⁵⁷ sino alla recentissima sentenza *Zambrano*⁵⁸, ha straordinariamente ampliato la sfera dei diritti di accesso transnazionale ad un'ampia gamma di prestazioni assistenziali e previdenziali degli Stati membri, includendovi anche i cittadini europei economicamente non attivi che versino in condizioni di bisogno sociale, in tal modo dischiudendo anche ad essi le porte di una forma embrionale – ma già effettiva e concreta – di “solidarietà sociale europea”⁵⁹. All'apparenza, questa giurisprudenza segna un momento di affrancamento dalla logica del mercato, il superamento della concezione rigidamente funzionalizzata, propria dei trattati originari, che vuole la libertà di circolazione delle persone, col conseguente accesso ai sistemi di protezione sociale degli Stati membri, limitata ai soggetti economicamente attivi nella veste di lavoratori subordinati o autonomi.

Si è tuttavia obiettato che tale apparente rilievo emancipatorio assunto dalle norme sulla cittadinanza dell'Unione si regge, al fondo, sullo stesso impianto logico che ha consentito alla Corte di modellare intorno alle libertà economiche i tratti caratterizzanti della costituzione economica europea⁶⁰. E che ad un approccio basato sui diritti del singolo⁶¹ – anche quando si tratti del cittadino dell'Unione in stato di bisogno che reclama la garanzia paritaria di un diritto sociale di prestazione – sfugge la dimensione necessariamente collettiva e politica della solidarietà.

La solidarietà finanziaria tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione, nei termini affermati dalla Corte di giustizia, rischia, allora, di tradursi in quel-

la “atomistica”, contraddittoriamente sradicata dal contesto collettivo e per questo individualistica, alla quale accede – nel singolo caso particolare – il cittadino europeo che abbia fatto uso attivo della sua libertà di circolazione. In questo modo, come è stato detto, “è la logica formale delle libertà economiche a nascondersi dietro le apparenze della logica sostanziale delle obbligazioni solidaristiche, che sono fondate su beni collettivi e non su diritti individuali, e che sono connotate da relazioni multilaterali complesse governate dai principi della giustizia distributiva e non da quelli della giustizia commutativa”⁶². Il modello di riferimento rimane, nel giudizio della Corte, come pure è stato efficacemente osservato, quello dell’“*access justice*” e non della giustizia sociale sostanziale⁶³. Un modello sociale che, in quanto basato essenzialmente sul principio di non discriminazione, se assicura il libero accesso transnazionale al mercato dei servizi, anche sociali, e finanche alla sfera più “interna” delle prestazioni assistenziali, non si misura con i risultati distributivi, in termini appunto di “giustizia sostanziale”, che l’apertura laterale di tali spazi di solidarietà viene a determinare.

Una siffatta logica, che prefigura “un ordine normativo sociale di diritti senza doveri corrispondenti”⁶⁴, rischia tuttavia di alterare i delicati equilibri distributivi realizzati dai legislatori nazionali e magari di avvantaggiare soggetti meno bisognosi ma meglio attrezzati a far buon uso della libertà di fondamentale di circolazione nello spazio europeo. Tale pare, in effetti, la situazione di quelli che, con Neil Fligstein, potremmo definire i cittadini in senso pieno “europei” o “sovranzionali”⁶⁵, intendendo per tali gli individui mobili che si avvantaggiano delle opportunità della libertà di circolazione, i quali tendono oggi più facilmente a identificarsi nella parte più attiva e dinamica dei corpi sociali nazionali, che non nella figura novecentesca del migrante italiano in cerca di riscatto sociale nel Nord Europa.

La solidarietà transnazionale tra cittadini dell'Unione, in tal modo promossa dalla Corte, si ispirerebbe, così, alla medesima filosofia individualistica che impronta la giurisprudenza sulle altre libertà fondamentali del Trattato: è l’“individualismo” – come ha scritto Alexander Somek – a spiegare, in tale prospettiva, la “sostanza” della cittadinanza europea, quale emerge da questa giurisprudenza⁶⁶.

⁵⁶ Per un'analisi dettagliata (e critica) della quale si rinvia a S. GIUBBONI, *A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice*, in M. ROSS, Y. BORGSMANN-PREBIL (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, pp. 166 ss., e a M. DOUGAN, *Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?*, in C. BARNARD, O. ODUDU (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford e Portland, 2009, pp. 119 ss.

⁵⁷ Causa C-85/96.

⁵⁸ Causa C-34/09.

⁵⁹ Cfr. M. FERRERA, *Social Citizenship in the European Union: Toward a Spatial Reconfiguration?*, in CH. K. ANSELL, G. DI PALMA (eds.), *Restructuring Territoriality. Europe and the United States Compared*, Cambridge, 2004, pp. 90 ss.; M. PACI, *Welfare State e solidarietà sociale di fronte alla sfida della regionalizzazione e dell'Unione europea*, in G. BRONZINI (a cura di), *La prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2009, pp. 21 ss.

⁶⁰ Cfr. A.J. MENÉNDEZ, *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European Law Become More Human but Less Social?*, RECON Online Working Paper, 2009/05.

⁶¹ Cfr. pure L. NIGLIA, *Form and Substance in European Constitutional Law: The “Social” Character of Indirect Effect*, in *European Law Journal*, 2010, pp. 439 ss., spec. p. 449.

⁶² A.J. MENÉNDEZ, *European Citizenship*, cit., p. 29.

⁶³ H.-W. MICKLITZ, *Judicial Activism*, cit., p. 26.

⁶⁴ Ivi, p. 39.

⁶⁵ N. FLIGSTEIN, *Euro-Clash. The EU, European Identity, and the Future of Europe*, Oxford, 2009, pp. 123 ss.

⁶⁶ A. SOMEK, *Solidarity Decomposed: Being and Time in European Citizenship*, in *European Law Review*, 2007, pp. 787 ss.,

Aderendo a tale critica, può dirsi invero che un recupero della dimensione autenticamente politica della solidarietà sociale è piuttosto rintracciabile nel giudizio con il quale, bilanciando l'interesse dello Stato al controllo della spesa pubblica con l'esercizio individuale della libertà fondamentale, la Corte dà rilievo ad un limite come quello dell'"onere irragionevole", preso in considerazione anche dalla direttiva del 2004. Questo argomento è riecheggiato con forza nella critica rivolta alla giurisprudenza comunitaria sulla rimozione degli ostacoli posti dalle autorità nazionali all'accesso degli studenti stranieri ai corsi universitari delle facoltà mediche⁶⁷ ovvero sul diritto alle cure sanitarie transfrontaliere. È stato infatti autorevolmente detto che, con tale giurisprudenza, "nel nome della solidarietà transnazionale, la Corte ha indebolito o eliminato il controllo dello Stato nazionale sull'equilibrio tra apporto contributivo e prestazioni e sui confini della generosità statale"⁶⁸, rompendo la relazione tra diritti e doveri e il connesso legame di reciprocità che dà legittimità democratica alle forme di redistribuzione sociale attuate dai sistemi nazionali di *welfare*⁶⁹. Per cui solo recuperando un tale equilibrio, una tale condizione di reciprocità, attingibile in quanto tale solo dal processo politico democratico, potrebbe realizzarsi una vera forma di solidarietà sociale europea.

La critica è probabilmente eccessiva nella sua radicalità, in quanto sovrastima i concreti effetti della giurisprudenza della Corte. Essa mette tuttavia a nudo un'indiscutibile debolezza dell'impianto concettuale di tale giurisprudenza, che anche nei casi in cui vengono in rilievo basilari prestazioni di cittadinanza sociale in favore di cittadini europei in stato di bisogno, finisce per incorporare la medesima logica che sottende all'applicazione delle libertà economiche fondamentali, con la "surrettizia mercatizzazione"⁷⁰ dell'accesso transnazionale al *welfare* che si è poc'anzi segnalata. Ecco perché le critiche all'eccessivo attivismo della Corte appaiono, almeno in parte, fondate. Per quanto saggi e ben calibrati possano risultare in concreto gli esercizi di bilan-

ciamento degli interessi in gioco svolti dalla Corte all'ombra del principio di proporzionalità, permane infatti uno scarto "ontologico" tra la complessità delle questioni poste dalla ridefinizione dei confini della solidarietà sociale in Europa e le risorse – cognitive e di legittimazione – di cui dispongono i giudici di Lussemburgo nell'affrontarle.

Occorre per contro in certo modo "ripolitizzare" su scala europea – fermo naturalmente il rispetto del principio fondamentale di non discriminazione – le questioni, cruciali ai fini dell'effettiva configurazione dei legami di solidarietà sociale, relative alla redistribuzione intersoggettiva delle risorse economiche attuata nell'ambito dei sistemi nazionali di *welfare*. Una troppo spinta giudizializzazione a livello europeo delle questioni relative ai conflitti distributivi tipici dello Stato sociale rischia, infatti, di incrinare il corretto funzionamento degli essenziali canali di controllo politico democratico su tali processi redistributivi⁷¹, con evidenti rischi di destabilizzazione dei sistemi nazionali di protezione sociale⁷².

5. Giudizializzazione vs. ripolitizzazione delle questioni sociali nell'Unione europea: qualche spunto conclusivo.

La critica sin qui svolta alla giurisprudenza della Corte in tema di rapporti tra libertà economiche e diritti di azione collettiva e di accesso transnazionale al *welfare* è sorretta, al di là delle specificità degli ambiti presi in esame, da un tratto comune che ci riporta alle considerazioni fatte in apertura e sulle quali è ora opportuno svolgere qualche riflessione conclusiva. Il filo conduttore di questa critica è che la correzione delle asimmetrie tra l'integrazione guidata dalle logiche del mercato e l'indebolimento degli ambiti – ancora essenzialmente nazionali – di soddisfacimento delle istanze di protezione sociale, per quanto agevolata e in un certo senso sollecitata dai nuovi complessivi equilibri costituzionali raggiunti con il Trattato di Lisbona, non può essere

qui p. 815. E si veda, più in generale, la sofisticata elaborazione teorica offerta al riguardo in ID., *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford, 2008, spec. pp. 245 ss.

⁶⁷ Cfr. in particolare l'assai discussa sentenza della Corte di giustizia in causa C-147/03, *Commissione contro Austria*.

⁶⁸ F.W. SCHARPF, *The Double Asymmetry of European Integration. Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, n. 09/12, p. 29.

⁶⁹ Cfr. pure ID., *Legitimacy in the Multilevel European Polity*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, n. 09/1, spec. p. 26.

⁷⁰ A.J. MENÉNDEZ, *op. loc. ult. cit.*

⁷¹ Sia permesso rinviare alle osservazioni critiche in tal senso svolte a margine dell'importante caso *Kattner*, deciso dalla Corte di giustizia con sentenza del 9 marzo 2009 (nel procedimento C-350/07), in S. GIUBBONI, *Le assicurazioni sociali di fronte alle regole del mercato interno*, in *Foro italiano*, IV, c. 458. In termini analoghi v. anche A. SOMEK, *Solidarity Decomposed*, cit., p. 816.

⁷² Si pongono, in tal senso, delicate questioni di temperamento tra principio democratico e garanzia dei diritti sociali dei singoli, questioni che sono evidentemente rese più complesse dalla loro dimensione transnazionale. Non è possibile in questa sede neppure accennare ai delicati problemi teorici sottostanti a tali questioni: si fa rinvio, per tutte, alla recente sintesi di R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007.



conseguita affidandosi alla sola opera della giurisprudenza ed alle (peraltro altalenanti)⁷³ virtù del (pur essenziale) dialogo tra le corti⁷⁴. La riconciliazione o almeno la riduzione delle pericolose fenditure apertesi tra le due dimensioni – traguardata dalla impegnativa formula della “economia sociale di mercato” – richiede un forte investimento politico, una nuova capacità di progettazione (anche) d’una politica sociale europea adeguata alla complessità e alla profondità della crisi del vecchio continente.

Ai giudici continuerà naturalmente a competere un ruolo centrale nella garanzia dei diritti fondamentali – anche sociali – in Europa⁷⁵. La piena assunzione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea al rango di fonte primaria dell’ordinamento euro-unitario spinge con forza in questa direzione, come emblematicamente dimostra la recente sentenza della grande sezione della Corte nella causa *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri*⁷⁶. Non mancano, del resto, primi, timidi segnali di apertura della giurisprudenza della Corte di giustizia ad una valutazione più equilibrata delle istanze in conflitto in quella vera e propria area sismica dei rapporti tra mercato unico e sistemi sociali nazionali costituita dalla disciplina del distacco intracomunitario dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi⁷⁷.

La ricerca, inevitabilmente calata sul caso concreto sottoposto di volta in volta alla cognizione del giudice⁷⁸, di forme di bilanciamento più amichevoli,

per così dire, rispetto alle istanze di protezione espresse dai sistemi nazionali di diritto del lavoro, risulta oggi d’altra parte potenzialmente agevolata da un quadro di principi e di riferimenti valoriali che, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è certamente più attento alla garanzia di istanze di natura sociale. Ma deve esservi la piena consapevolezza che questa fiducia attiva sulle capacità maieutiche ed auto-corrective del dialogo giudiziale, per quanto indispensabile⁷⁹, da sola non basta a colmare le asimmetrie accumulate in questi anni così difficili e inquieti del processo d’integrazione europea⁸⁰. Occorrono risposte ed interventi che solo una rinnovata forte progettualità politica europea può dare, ricostruendo, con scelte coraggiose, un clima di fiducia collettiva, oggi pericolosamente vacillante, attorno alle istituzioni sopranazionali.

Le risposte sinora espresse dall’Unione per contrastare gli effetti della crisi economico-finanziaria manifestano, tuttavia, una grande debolezza, prima di tutto progettuale, proprio sul versante del coordinamento delle politiche sociali nazionali e del loro necessario ancoraggio – del tutto assente anche come prospettiva ideale – ad autentiche forme di solidarietà sociale organizzate e almeno in parte finanziate a livello europeo⁸¹. Né incoraggia all’ottimismo, al di là dell’insistito richiamo alla formula dell’“economia sociale di mercato”, la vaghezza e la debolezza delle proposte formulate dalla Commissione nel suo progetto di rilancio, che pure vuole essere socialmente orientato, del mercato unico, a cominciare da quelle che riguardano le ipotesi di chiarimenti interpretativi anche in via di eventua-

posizione dei conflitti (anche) interordinamentali “che sempre si rinnova e si fissa in ragione dei casi, su basi di valore [...]” (p. 7).

⁷³ Si veda, anche per una suggestiva proposta ricostruttiva delle forme dialogiche di soluzione dei conflitti costituzionali al livello dell’Unione, il contributo di A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009.

⁷⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in G. BRONZINI, F. GUARRIELLO, V. PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell’Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Roma, 2009, pp. 139 ss., assai scettico su di “una prospettiva di progressiva giurisprudenzializzazione multilivello del diritto del lavoro” (p. 140).

⁷⁵ Cfr. le giuste osservazioni critiche di B. HACKER e T. VAN TREECK, *What Influence for European Governance? The Reformed Stability and Growth Pact, the Europe 2020 Strategy and the European Semester*, Friedrich Ebert Stiftung – International Policy Analysis, December 2010, nonché B. HACKER, *Discussion Paper: A European Social Stability Pact*, Friedrich Ebert Stiftung – International Policy Analysis, December 2008, per alcune proposte nel senso di uno specifico rafforzamento delle forme di coordinamento delle politiche sociali con l’impiego di strumenti (anche finanziari) di sostegno europeo.

⁷³ Anche in quest’ambito sono invero evidenti i segnali di “sofferenza”, messi in risalto principalmente dal celebre *Lissabon-Urteil* del giudice costituzionale tedesco del 30 giugno 2009 (cfr. da ultimo, per un’analisi attenta ai profili qui discussi, M. RAVERAIRA, *L’ordinamento dell’Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in corso di pubblicazione in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*). Pur senza arretrare rispetto alla affermazione della propria competenza di giudice “ultimo” a garanzia del nucleo intangibile della sovranità democratica nazionale fissati in quella pronuncia, il *Bundesverfassungsgericht* ha peraltro manifestato una ben più ampia disponibilità al dialogo (sia pure indiretto) con la Corte di giustizia dell’Unione europea, nel nome della *Europarechtsfreundlichkeit*, nella più recente decisione del 2010 nel caso *Mangold*, sulla quale v. il commento di R. CAPONI, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, consultabile in www.astrid-online.it.

⁷⁴ Per un’articolata visione d’insieme del quale v., più di recente, il volume curato da M. PEDRAZZA GORLERO, *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010.

⁷⁵ V. quanto al riguardo mette in rilievo G. VETTORI, *Dialogo fra le corti e tecnica rimediata*, in *Persona e mercato*, 2010, pp. 280 ss., spec. p. 285.

⁷⁶ Corte di giustizia, causa C-236/09.

⁷⁷ V. le sentenze pronunciate nelle cause C-515/08, *Santos Palhota*, e da C-307/09 a C-309/09, *Vico Plus e a.*

⁷⁸ È A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it (n. 3/2009), a ricordare che il bilanciamento è tecnica di com-



le modifica del testo della direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori⁸².

Di fronte a progetti così deboli e rinunciatori, “nel silenzio e nell’incomprensione della politica”, saranno probabilmente ancora i giudici – come è stato autorevolmente detto – “a fare l’Europa”⁸³. Ma anche ipotizzando futuri percorsi di bilanciamento giudiziale improntati ad una maggior ponderazione dei valori sociali nei casi di conflitto con le libertà economiche del mercato unico, sarà difficile colmare il *deficit* essenzialmente politico di solidarietà che rende così asimmetrico, oggi, il processo di integrazione, e così debole ed incerto l’orizzonte del “modello sociale europeo” (o della “economia sociale di mercato”).

⁸² V. COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un atto per il mercato unico*, cit., p. 24.

⁸³ S. RODOTÀ, *Nel silenzio della politica i giudici fanno l’Europa*, in G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, pp. 23 ss., qui p. 27.



CAPACITÀ DI DISCERNIMENTO DEL MINORE E INCAPACITÀ LEGALE NELL'ADOZIONE

Di Antonio Gorgoni

Ricercatore di Diritto privato dell'Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Il caso e le questioni. - 2. Accertamento, atto di indagine e audizione del minore. - 3. Rilevanza della capacità di discernimento del minore. - 4. La posizione dei parenti entro il quarto grado nella dichiarazione di adottabilità. - 5. La crisi del soggetto astratto. - 6. Dal "soggetto alla persona" nell'incapacità legale. Autodeterminazione nelle decisioni non patrimoniali.

LA SENTENZA

Cass. civ., sez. I, 26.3.2010, n. 7282
(Pres. M. G. Luccioli - Est. S. Salvago)

Massime.

I)

In tema di adozione, l'art.10, comma secondo, della legge 4 maggio 1983, n.184, come novellato dalla legge 28 marzo 2001, n.149, che stabilisce la facoltà per i genitori e, in mancanza, per i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore di "partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale",

deve essere interpretato in coerenza con la finalità della novella di traghettare il processo di adozione da processo del giudice in un processo delle parti, nel senso che: a) ai difensori delle parti va data preventiva comunicazione di qualsiasi accertamento disposto dal giudice; b) le parti possono intervenire alla sua assunzione personalmente e a mezzo dei propri consulenti tecnici e difensori; c) le parti devono essere poste in grado di conoscere comunque le risultanze, nonchè di dedurre in ordine ad esso e di presentare le proprie difese. Ne consegue l'inutilizzabilità dell'atto di indagine acquisito senza rispettare le forme descritte, sempre che sia dimostrato dalla parte lo specifico pregiudizio al diritto di difesa e l'influenza determinante sulla decisione. (Rigetta, App. Catania, 16/04/2009)



II)

In tema di adozione, l'art.10, comma secondo, della legge 4 maggio 1983 n.184, come novellato dalla legge 28 marzo 2001 n.149, il quale dispone che i genitori e in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore possano partecipare a "tutti" gli accertamenti disposti dal tribunale, si riferisce non solo ai tradizionali mezzi d'istruzione probatoria disciplinati dalla sezione III del capo II, titolo I del libro II del codice di procedura civile, ma a qualunque atto d'indagine che il giudice ritiene di eseguire per iniziativa propria o delle parti al fine di verificare se sussista lo stato di abbandono, comprendendo esemplificativamente anche le indagini e le relazioni affidate ad istituti o altri operatori specializzati. Esso non è tuttavia applicabile all'audizione del minore, la quale, non rappresentando una testimonianza o un altro atto istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione, bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto, deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione, e quindi con tutte le cautele e le modalità atte ad evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti, ivi compresa la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori e/o con i difensori, nonché di sentire il minore da solo, o ancora quella di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato. (Rigetta, App. Catania, 16/04/2009)

Svolgimento del processo.

1. Il Tribunale per i minorenni di Catania con sentenza del 18 settembre 2009 dichiarava lo stato di adottabilità dei minori M. (già collocata presso la famiglia Sc.), S., Se. (collocati presso una casa famiglia) e G.F. (collocata presso la famiglia dello zio D.M. V.), figli di G.G. e di D.M.S., confermandone l'affidamento al servizio sociale di Catania; ed imponendo il divieto assoluto di visita e di consegna ai genitori, nonché a familiari ed a terzi non autorizzati dal giudice.

L'impugnazione sia dei genitori, che dei coniugi A.G. e C.P., zii del G., è stata respinta dalla Corte di appello di Catania con sentenza del 16 aprile 2009 che ha osservato (per quanto qui ancora interessa): a) che non era stato violato il diritto di difesa dei genitori perchè all'udienza del 13 febbraio 2008 non erano stati ascoltati i soggetti affidatari dei minori senza comunicazione ai loro difensori, posto che la disposizione della *L. n. 149 del 2001, art. 10*, nel disporre il diritto di partecipare a tutti gli accertamenti, si riferisce solo a quelli finalizzati a verificare lo stato di abbandono del minore, e quindi non all'esame di operatori ed affidatari rivolto al mero controllo dell'andamento del suo collocamento temporaneo; b) che neppure costituiva motivo di nullità il fatto che i minori fossero stati ascoltati senza la presenza dei genitori e dei loro rappresentanti, spettando al giudice minorile la facoltà di disporre particolari modalità di audizione onde tutelare la serenità ed evitare condizionamenti; senza conside-

rare che era stato assegnato alle parti un termine per depositare memorie, proporre temi e domande da sottoporre ai minori e formulare istanze; c) che non erano stati ascoltati altri parenti entro il quarto grado non risultando che nessuno di essi avesse rapporti di un qualche rilievo con i minori.

Per la cassazione della sentenza il G. e la D.M. hanno proposto ricorso per 3 motivi, cui resiste l'avv. S.M., n.q. di tutore dei minori.

Motivi della decisione.

2. Con i primi due motivi, G.G. e la D.M., deducendo violazione della *L. n. 149 del 2001, art. 10*, censurano la sentenza impugnata per non avere dichiarato la nullità del procedimento malgrado il Tribunale: a) non abbia comunicato il decreto di audizione per l'udienza del 13 febbraio 2008 degli affidatari delle minori, degli operatori del servizio affidi e del servizio NPI, nonché della minore G.M.; b) in detta udienza abbia provveduto ad ascoltarli senza la presenza di essi genitori e dei loro difensori. Assumono che la sentenza ha omesso di pronunciarsi sulla prima parte della doglianza (assenza di comunicazione) ed ha respinto la seconda senza considerare che la nuova norma prevede il coinvolgimento e la difesa tecnica dei genitori in tutti gli atti del procedimento: nel caso non osservata neppure in occasione dell'audizione dei minori S. e Se. posto che l'avviso era stato dato soltanto 24 ore prima dell'udienza e che in occasione della loro audizione e di quella di G.M. non era stato consentito di essere presenti nè ad essi genitori, nè tanto meno ai difensori.

Le censure sono in parte inammissibili ed in parte infondate, pur se va integrata e parzialmente corretta ai sensi dell'*art. 384 cod. proc. civ.*, la motivazione con cui la Corte territoriale ha respinto analoghe doglianze.

E' noto che la novella 149/2001 ha modificato profondamente l'originario schema del procedimento di adottabilità che si articolava sostanzialmente su di una fase a carattere sommario ed urgente, rimessa quasi totalmente alla discrezionalità del giudice, che nel corso di essa individuava già l'interesse del minore, realizzandolo talvolta mediante l'allontanamento dalla famiglia di origine. E su una fase successiva, meramente eventuale e significativamente denominata "opposizione" dall'*art. 17*, di natura contenziosa; che in realtà il più delle volte si esauriva nell'aggiornamento delle indagini già svolte nonché nell'audizione dei genitori del minore. Ha infatti cancellato l'iniziativa officiosa del Tribunale per ribadire il ruolo di terzietà, eliminato la fase eventuale di autonomia dell'opposizione al decreto dichiarativo dello stato di adottabilità, e previsto un procedimento contenzioso fin dall'inizio a cognizione piena che si conclude con una sentenza, con predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei poteri, doveri, e facoltà processuali delle parti e del giudice.

Nella nuova ottica, in cui qualificati studiosi hanno ravvisato l'intendimento di traghettare il processo di adozione da processo del giudice in un processo delle parti, il legislatore ha attribuito anzitutto al minore la qualità di parte processuale distinta ed autonoma da quella dei ge-





nitori ed ha predisposto in chiave normativa una serie di strumenti idonei a garantire la partecipazione diretta dell'uno e degli altri, titolari del rapporto di filiazione, ad ogni fase del giudizio, anche in vista della diretta ed immediata propagazione degli effetti della decisione costitutiva che lo conclude principalmente nei loro confronti. Il che dimostrano in modo palese le disposizioni dell'art. 8 (nel nuovo testo), il cui comma 4 stabilisce che "Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell'art. 10"; e quella dell'art. 10, comma 2, per la quale "All'atto dell'apertura del procedimento, sono avvertiti i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. Con lo stesso atto il presidente del tribunale per i minorenni li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano. Tali soggetti, assistiti dal difensore, possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice".

In coerenza con la finalità della novella, sia in merito alla razionalizzazione del contraddittorio, sia in ordine al risultato di assicurare ai soggetti suddetti l'effettività della difesa tecnica fin dall'inizio del procedimento, il Collegio deve interpretare la prevista loro "partecipazione a tutti gli accertamenti..." (che significativamente si diversifica dall'istruzione mediante "informazioni" di cui all'art. 738 cod. proc. civ., comma 3), nel senso più pieno e rigoroso delineato dal sistema processuale civile, e cioè: a) che ai difensori delle parti va data preventiva comunicazione di qualsiasi accertamento disposto dal giudice; b) che le parti possono intervenire alla sua assunzione personale e a mezzo dei propri consulenti tecnici e dei difensori; c) che le parti devono essere poste in grado di conoscerne comunque le risultanze, nonchè di dedurre in ordine ad esso e di presentare le proprie difese.

E deve altresì valorizzare il tenore letterale della disposizione laddove, invece di individuare a quale tipologia di accertamenti è estesa la partecipazione, li accomuna con l'aggettivo "tutti" indistintamente, perciò inducendo a ritenere che con l'espressione in esame il legislatore non abbia inteso riferirsi ai tradizionali mezzi dell'istruzione probatoria disciplinati dalla sezione 3^a del capo 2^a, titolo 1^a del libro 2^a del codice di procedura, bensì a qualsiasi atto di indagine che il giudice ritiene di eseguire per iniziativa propria o delle parti, al fine "di verificare se sussiste lo stato di abbandono" e di pervenire a dichiarare lo stato di adottabilità di cui al successivo art. 15, ovvero ad escluderlo:

perciò in essi comprendendo esemplificativamente anche le indagini e le relazioni affidate ad istituti o altri operatori specializzati (fermo restando il limite della non ingerenza sulle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa devoluta quale non può che svolgersi in conformità alle disposizioni legislative e regolamentari che la riguardano), ed escludendo invece quelle che periodicamente questi ultimi sono tenuti ad inviare all'autorità giudiziaria per renderla edotta delle condizioni fisiche e psichiche del minore anche in seguito ai provvedi-

menti urgenti assunti ai sensi dei commi 3 e 4, dell'art. 10.

Ne consegue la conferma del principio enunciato dalla precedente Cass. 20625/2009 che il giudice non può utilizzare l'atto di indagine acquisito senza aver consentito alla parte o al suo difensore di prendervi parte nei sensi appena descritti; e che la sua utilizzazione in violazione della menzionata disposizione del comma 2 al fine di ritenere o escludere lo stato di abbandono costituisce indubbiamente vizio della decisione fondata sull'accertamento in questione. Ma, nel contempo, deve rilevare che per invocare detta inutilizzabilità (e non quindi una nullità generale idonea ad estendersi a tutti gli atti del procedimento, fino alla sentenza definitiva), non è sufficiente invocare la sussistenza di un qualsiasi atto di disposizione del giudice non comunicato alla parte in relazione al quale quest'ultima intendeva (o aveva espresso l'intendimento di) partecipare: essendo invece necessario che si sia trattato di un atto rientrante nella categoria indicata dalla norma cui la parte aveva diritto di partecipare, ricevendo uno specifico pregiudizio al diritto di difesa; e che lo stesso sia stato ciò malgrado utilizzato dalla decisione, o comunque su di essa abbia esercitato una influenza determinante, altrimenti restando privo di effetti sostanziali nonchè di rilevanza su di essa.

Al lume di questi principi la statuizione di appello si sottrae alle censure del ricorrente, essendosi quest'ultimo limitato a dolersi che non era stato dato avviso alle parti del provvedimento con cui il Tribunale aveva disposto l'audizione degli affidatari provvisori dei minori, nonchè degli operatori incaricati di monitorare ciascun affidamento, per cui alle relative audizioni i difensori non avevano potuto partecipare. Laddove la Corte di appello ha accertato, senza alcuna contestazione del G., che nell'udienza indicata detta audizione non solo aveva interessato i soli soggetti preposti all'esecuzione dei provvedimenti temporanei sui minori adottati dal Tribunale, ma era rivolta soltanto al doveroso controllo del comportamento di questi ultimi, ed a valutare nel contempo lo stato di salute anche psichico dei minori e quindi l'esito fino a quella data delle rispettive collocazioni; per cui è stata correttamente esclusa sia pure implicitamente la necessità di comunicazione per un atto non rientrante sotto alcun profilo fra quelli di indagine rivolti alla finalità individuata dal menzionato art. 10. E la cui risultanza neppure il ricorrente ha dedotto essere stata menzionata dalla decisione impugnata o comunque aver influito sull'iter logico che l'ha indotta a confermare la dichiarazione di adottabilità dei minori.

3. Considerazioni diverse valgono per l'audizione di questi ultimi:

in relazione alla quale il Collegio deve preliminarmente osservare che la sentenza impugnata ha accertato che nell'udienza del 4 marzo 2008, proprio all'esito della loro audizione ed alla presenza dei loro difensori, il Tribunale ha dato loro comunicazione dell'udienza disposta per l'audizione dei minori S. e Se.; e d'altra parte nessuno di essi ha mai allegato un legittimo impedimento a comparire all'udienza suddetta, la fissazione della cui data rientrava nei poteri discrezionali dello stesso giudice. Il quale proprio per avere dato atto del mancato avviso della audizione della minore M., con ordinanza del 7 luglio

2008, regolarmente comunicata ai ricorrenti ha fissato altra udienza (22 agosto 2008), per ascoltare la minore, dandone avviso alle parti ed ai difensori.

Ora, già nella originaria disciplina dell'adozione dettata dalla *L. n. 184 del 1983*, l'esigenza di ascoltare il minore - nella duplice previsione, obbligatoria per gli ultradodicesimi e facoltativa per gli infradodicesimi (cfr. artt. 7 e 25 per la dichiarazione di adozione, artt. 10 e 15 in tema di adottabilità, artt. 22 e 23 in tema di affidamento preadottivo) costituiva nella giurisprudenza di legittimità una costante intesa ad attribuire rilievo alla personalità e alla volontà del fanciullo in relazione a provvedimenti che nel suo interesse trovano la loro ragion d'essere; pur se la stessa giurisprudenza e la dottrina avvertivano che in quel sistema lo stato di adottabilità era deciso in base al criterio dell'"interesse del minore", e che la valutazione di tale interesse restava tuttavia affidata al giudice, che era il solo organo ritenuto idoneo a determinarne il contenuto, nonchè a valutare ciò che è bene e ciò che è male per lui. E segnalavano che in conseguenza di tale peculiare situazione si assisteva ad una inevitabile scissione tra il soggetto portatore di questo interesse, il minore, nonchè la sua volontà, ed il soggetto chiamato a valutarlo ed a difenderlo, il giudice.

Questa prospettiva è stata modificata dalla Convenzione di New York 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con *L. n. 176 del 1991*, il cui art. 12 stabilisce "1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale".

Ancor più incisiva è risultata la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e resa esecutiva con *L. n. 77 del 2003*, il cui art. 3 dispone. "Ad un fanciullo che è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, sono conferiti nelle procedure dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo concernono i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la sua opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione".

Recependo questi principi il legislatore del 2001 ha considerato il minore non più oggetto della potestà dei genitori e/o del potere-dovere officioso del giudice di individuarne e tutelarne gli interessi preminenti, ma quale soggetto di diritto, e parte necessaria del procedimento, perciò titolare di un ruolo sostanziale (nonchè di uno spazio processuale) autonomo rispetto a quello tradizionale di semplice destinatario di una decisione presa nel suo interesse da altri (a prescindere dal fatto che egli abbia bisogno, siccome incapace di agire, di una rappresentanza per far valere il proprio diritto o difenderlo contro un'ingiusta pretesa altrui); ed in tale nuova ottica ha ri-

proposto il tema della rilevanza della sua volontà nei provvedimenti che il giudice è chiamato ad emanare "nel suo interesse", pur lasciando immutato il sistema che prevedeva il consenso espresso all'adozione del minore ultraquattordicenne (art. 7) e per la dichiarazione dello stato di adottabilità l'ascolto del minore, obbligatorio quando il minore abbia compiuto i dodici anni. Ma modificandolo al di sotto di questa età, nel senso che egli deve essere sentito "in considerazione della sua capacità di discernimento": perciò devolvendosi al giudice specializzato il compito di graduare nell'entità, nonchè di definire nei modi la sua presenza nel procedimento e la conseguente partecipazione al progetto che lo riguarda in funzione della avvenuta maggiore o minore acquisizione della "capacità" suddetta, comprendente, come è noto, sia quella di percepire ciò che è utile per lui, sia la capacità di esprimersi autonomamente senza subire condizionamenti.

Conseguenza altrettanto rilevante della nuova concezione non più incentrata sul minore "oggetto" di tutela, ma sul minore "soggetto" titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili, è che la sua audizione (pur quando sia facoltativa), non può essere qualificata un atto di indagine, ovvero un accertamento su di esso, rientrante nella categoria di quelli rivolti a convincere il giudice in ordine alla sussistenza o meno di determinati fatti storici, bensì lo strumento diretto per raccogliere le opinioni nonchè le valutazioni ed esigenze rappresentate dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto; e nel contempo per consentire al giudice di percepire con immediatezza, attraverso la voce del minore e nella misura consentita dalla sua maturità psicofisica, le esigenze di tutela dei suoi primari interessi. Il che risulta conforme alle direttive poste dalle due Convenzioni menzionate, le quali non si riferiscono affatto ad un diritto del minore ad essere interrogato in forma di testimonianza, nonchè di convincere il giudice in ordine all'esistenza o meno di determinati fatti storici, ma assegnano al suo ascolto anzitutto lo scopo di consentirgli l'esercizio di un diritto della personalità; e quindi di evitare che egli resti estraneo ai provvedimenti che vengono assunti nel suo interesse.

E' stato del resto segnalato da più parti che l'apprezzamento dello stato di abbandono non può più avvenire tenendo conto soltanto del dato oggettivo che lo abbia determinato desunto dal comportamento omissivo (sul piano morale e materiale) dei genitori, ma che deve essere considerata anche la percezione soggettiva di esso, da parte del minore, altrimenti correndosi il rischio di esporlo a seri e gravissimi traumi; così come non possono essere trascurate peculiari situazioni definite da qualificati studiosi di semiabbandono, che hanno indotto questa Corte già nel passato regime ad enunciare il principio che i provvedimenti nell'interesse del minore non vanno stabiliti a priori, sulla base di un generico criterio di adeguatezza, ma rapportati alle reali esigenze della fattispecie in esame (Cass. 6899/1997).

Conclusivamente, in tale riconsiderata prospettiva, l'audizione non rappresenta una testimonianza o altro atto istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione, ma pur sempre espressione di un momento meramente formale del procedimento: essa



riflette, invece, una nuova considerazione del minore quale portatore di bisogni e interessi che, se consapevolmente espressi, pur non vincolando il giudice, non possono essere da lui ignorati; e che lo obbligano comunque anzitutto ad ascoltarlo nella misura consentita dalla capacità di autodeterminarsi, rendendolo parte attiva del procedimento di adozione. E quindi a tener conto della sua volontà e delle sue scelte nei limiti della sua capacità di discernimento e dello sviluppo della sua personalità dimostrati anche durante l'ascolto, perciò riconoscendogli in funzione dell'una e dell'altro l'esercizio sempre più effettivo dei diritti fondamentali.

Proprio questo percorso è stato intrapreso di recente dalla *L. n. 54 del 2006*, sull'affidamento condiviso in relazione ai poteri di autodeterminazione o di partecipazione alla vita familiare, anche qui recependo le disposizioni della menzionata Convenzione di Strasburgo, in quanto introducendo il nuovo art. 155 sexies cod. civ., ha previsto che il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento".

Ma l'art. 5 di detta Convenzione ha attribuito ai fanciulli nelle procedure davanti all'autorità giudiziaria che li riguardano anche (sub a) "il diritto di chiedere di essere assistiti da una persona appropriata di loro scelta che li aiuti ad esprimere la loro opinione": in tal modo rinforzando e ribadendo la facoltà già loro concessa dal ricordato art. 12 della Convenzione di New York di essere ascoltati in ogni procedura giudiziaria che li concerne non solo "direttamente", ma anche attraverso un rappresentante o un organo appropriato; per cui questa Corte onde garantire l'esercizio effettivo di detto diritto ad esprimere "liberamente" la propria opinione, ha enunciato la regola che spetta al giudice il compito di eseguire detta audizione in modo che la stessa risulti protetta da interferenze, turbamenti o condizionamenti, perciò facoltando ad adottare tutte "le cautele e le modalità suggerite dalle circostanze concrete onde superare la straordinaria asimmetria che si frappone tra la posizione del fanciullo (ed il suo stato emotivo) ed il contesto relazionale ed ambientale in cui lo stesso viene ascoltato (Cass. 18132/2002; 13262/1999; 6439/1996): cautele fra le quali deve necessariamente includersi la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori, e/o con i difensori, nonchè di sentire il minore da solo, senza la presenza di costoro, ove questa sia ritenuta un fattore di turbamento del minore medesimo o comunque di condizionamento delle sue dichiarazioni; o ancora quella di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato a sostenere un'interlocuzione diretta con il minore che sappia "tener conto della sua età e del suo grado di maturità", e superare le relative difficoltà.

Ed il Collegio deve nuovamente confermare che l'assunzione delle dichiarazioni con taluna di dette modalità non incide sul principio del contraddittorio, nè menoma il diritto di difesa delle altre parti, anzitutto per la doverosa preminenza che deve essere attribuita all'esercizio effettivo e non solo formale, di un diritto fondamentale del minore ad esprimere il proprio pensiero scevro da condizionamenti più o meno espressi, nonchè da pressioni più o meno velate; quindi perchè nessuna di dette cautele si concreta in una deroga al disposto dell'art. 10, comma 2

della legge non trattandosi nè di un accertamento, nè tanto meno di atto istruttorio in senso stretto. Ed infine perchè il diritto di difesa delle parti può essere egualmente esplicito non solo attraverso la presentazione di istanze, suggerimenti ed altri atti, come consentito dalla norma, ma anche per il fatto che, comunque, le dichiarazioni medesime sono acquisite al processo, con la possibilità dei contendenti, in posizione paritaria, di metterne in discussione pertinenza ed attendibilità, pure attraverso richieste istruttorie e perfino in relazione ad eventuali interferenze in danno del dichiarante che siano state perpestrate durante l'esame.

Al lume di queste considerazioni, i giudici di merito non sono incorsi in alcuna delle violazioni denunciate dai ricorrenti, non solo perchè le parti ed i rispettivi difensori non avevano diritto di partecipare all'audizione dei minori, perciò legittimamente eseguita senza la loro presenza (in tal modo rettificandosi la contraria opinione della sentenza impugnata), ma anche perchè il Tribunale, dopo avere indicato le ragioni della loro esclusione, aveva dato ampia facoltà a ciascuna di esse di depositare memorie onde proporre temi e domande da sottoporre ai minori, nonchè di formulare rilievi ed istanze istruttorie anche per contestarne le dichiarazioni e/o dimostrare la ricorrenza di circostanze diverse da quelle prospettate da questi ultimi; e perchè la sentenza impugnata ha preso atto che detta facoltà non è stata da esse esercitata in nessuno dei due gradi del giudizio.

4. Con l'ultimo motivo, i ricorrenti deducendo violazione della *L. n. 149 del 2001*, artt. 8 e 10, nonchè difetto di motivazione censurano la sentenza impugnata per aver escluso la nullità della sentenza del Tribunale malgrado non fossero stati ascoltati, come prescritto dalla norma, i parenti entro il quarto grado del G. ed i primi giudici non avessero compiuto alcuna indagine nè alcun accertamento al riguardo; e malgrado la disposizione dell'art. 8 non menzionasse la necessità che detti parenti intrattengano rapporti significativi con il minore.

Il motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato.

Questa Corte ha ripetutamente avvertito che i parenti del minore, ai quali le disposizioni della *L. 4 maggio 1983*, n. 184, art. 10, e segg., sia prima che dopo le modifiche apportate dalla *L. n. 149 del 2001*, assegnano un ruolo nel procedimento d'adozione, imponendone la convocazione ed audizione nella fase istruttorie che precede il decreto dichiarativo dell'adottabilità, nonchè includendoli fra i destinatari della notificazione di tale decreto, sono soltanto quelli che "abbiano mantenuto significativi rapporti con il minore", cioè a dire rapporti idonei ad esprimere la loro potenziale disponibilità ed attitudine a sopperire alla mancanza dei genitori od alle carenze degli stessi. Come è, infatti, evidente, nella volontà del legislatore il carattere vicariante della posizione dei parenti diversi dai genitori comporta il loro coinvolgimento nel procedimento solo nei limiti in cui siano titolari di rapporti tali da poter fornire elementi essenziali per la valutazione dell'interesse del minore e al tempo stesso da offrire possibili soluzioni dirette ad ovviare allo stato di abbandono nell'ambito della famiglia di origine (nonchè, ai fini dell'art. 15, comma 3 e art. 14, comma 1, che richiamano il citato art. 12, da legittimarli a contrastare la

pronuncia sullo stato di adottabilità). Il dato materialistico comportamentale richiesto costituisce quindi un elemento integrativo della fattispecie, influenzando sul piano della legittimazione ad essere convocati (nonchè a ricevere la notificazione del decreto di adottabilità ed a proporre opposizione).

L'identificazione di detti parenti va effettuata sulla base delle risultanze delle indagini disposte a norma dell'art. 10 della citata legge (al fine dell'approfondito accertamento delle condizioni e dell'ambiente in cui vive il minore): tanto si ricava dall'inequivoco riferimento a tali indagini contenuto nel successivo art. 12 (a sua volta richiamato dalle altre menzionate norme), sicchè deve escludersi il dovere del giudice di assumere in proposito specifiche iniziative o di disporre ulteriori inchieste (Cass. 3614/1988;

2118/1990).

Nel caso pertanto intanto poteva imputarsi alla sentenza impugnata di non aver rilevato che il Tribunale avesse ommesso qualsiasi indagine sull'esistenza dei parenti suddetti ed il loro conseguente necessario coinvolgimento nel procedimento in esame, in quanto i ricorrenti avessero dedotto di averli indicati ai primi giudici e prospettato i rapporti affettivi che presentavano manifestazioni d'interesse ed assistenza verso i minori stessi, idonei a comportare l'obbligo della loro convocazione; e che comunque malgrado detta deduzione ed in presenza dei rapporti in questione il Tribunale non li avesse convocati e nel contempo avesse ommesso l'indagine prescritta dall'art. 12 per verificarne la sussistenza.

Nel caso di specie, per converso, non soltanto la sussistenza di una relazione tra i congiunti di cui alla norma ed i minori comportante l'obbligo della loro convocazione non è stata neppure dedotta dai ricorrenti, che si sono limitati a prospettare genericamente la necessità di tale adempimento, ma gli stessi non hanno neppure indicato se e quali siano i parenti del G. dagli stessi invocati; per cui sotto tale profilo la censura si appalesa inammissibile.

La Corte ritiene che la novità delle questioni trattate giustifichi la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso e dichiara interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 11 febbraio 2010. Depositato in Cancelleria il 26 marzo 2010

IL COMMENTO

1. Il caso e le questioni.

I genitori di quattro figli minori ricorrono in Cassazione¹ contro la sentenza della Corte d'Appello di Catania che conferma la dichiarazione di adottabilità resa in primo grado. Sono tre i motivi di nullità.

Con il primo i genitori lamentano la mancata comunicazione a sé medesimi del decreto di audizione dei minori, degli affidatari provvisori e di altri operatori, omissione che ha impedito loro di partecipare alla relativa udienza. Con il secondo e il terzo essi contestano rispettivamente che i figli sono stati ascoltati *senza la presenza dei genitori e dei loro difensori* e che non vi è stato l'ascolto dei parenti entro il quarto grado dei minori.

Le principali disposizioni che in questa vicenda vengono in rilievo sono: l'art. 8 comma 4 legge 4.5.1983, n. 184 (Diritto del minore a una famiglia) secondo cui "il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell'art. 10"; l'art. 10 comma 2, il quale stabilisce che, all'atto di apertura del procedimento, i genitori o, in loro mancanza, i parenti entro il quarto grado legati in modo significativo al minore, "possono partecipare a tutti gli *accertamenti* disposti dal tribunale"; l'art. 10 comma 5 che dispone l'obbligo, in certi casi, dell'audizione del minore.

La Cassazione è chiamata ad affrontare le seguenti questioni riguardanti l'udienza di audizione del minore: 1) se a quest'ultima debbano prendere parte i genitori, avendone diritto, pena la violazione del loro diritto di difesa; 2) se l'ascolto dei minori debba avvenire alla presenza dei genitori e dei difensori. La terza concerne, invece, la posizione sostanziale e il ruolo processuale dei parenti entro il quarto grado del minore.

Per risolvere le prime due, la Suprema Corte indaga se l'audizione del minore possa essere qualificata o meno "atto di accertamento" o d'indagine (dunque atto istruttorio), differenziandosi la disciplina processuale applicabile qualora la risposta sia in un senso o nell'altro.

La sentenza in commento, per le conclusioni cui perviene, riapre la riflessione sull'idoneità dell'incapacità legale ad istituire un punto di vista unitario per la comprensione *sub specie iuris* della

¹ Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, in *Fam. e dir.*, 2011, 3, 268 ss., con nota di L. QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*.

fenomenologia dell'incapacità². Si tratta di verificare se tale categoria possa ancora esprimere, alla luce dell'attuale quadro normativo, una condizione unica e indistinta della persona incapace o se, invece, quest'ultima, rifuggendo da assolute generalizzazioni, richieda un trattamento normativo volta a volta diverso. Sebbene l'interrogativo riguardi tutti gli incapaci legali³, in queste pagine ci soffermeremo sul minore di età.

2. Accertamento, atto d'indagine e audizione del minore.

La Cassazione emette una sentenza apprezzabile, incentrata sulla nozione di "accertamento disposto dal tribunale" (art. 10 comma 2 l. n. 184/1983) e sulla relatività della categoria dell'incapacità legale. Più specificamente, quanto al primo punto, occorre chiarire se l'audizione del minore costituisca atto di accertamento.

Per giungere alla decisione la Suprema Corte svolge una breve premessa. Non c'è dubbio che per effetto della legge n. 149/2001 il procedimento di adottabilità da processo del giudice sia diventato processo delle parti; esattamente di natura contenziosa e a cognizione piena⁴. Il minore, essendo titolare di interessi diversi e contrapposti da quelli dei genitori, è parte in senso sostanziale e processuale distinta e autonoma da questi ultimi⁵. Il che si evin-

ce chiaramente dalle previsioni normative della partecipazione diretta di entrambi a ogni fase di giudizio (art. 10 comma 2) e dall'obbligatorietà fin dall'inizio per gli stessi dell'assistenza legale (art. 8 comma 4)⁶.

Per garantire l'effettività della difesa tecnica, soggiunge la sentenza, occorre interpretare la locuzione "partecipazione a tutti gli accertamenti" (art. 10 comma 2) nel senso più pieno e rigoroso, come da codice di rito. Di conseguenza: i difensori delle parti devono ricevere una preventiva comunicazione di ogni accertamento disposto dal giudice; le parti hanno diritto di intervenire personalmente, a mezzo dei propri consulenti tecnici e difensori; devono inoltre poter conoscere le risultanze, dedurre e articolare le proprie difese.

Certamente, continua la Suprema Corte, il giudice non può utilizzare l'atto di indagine acquisito se non ha consentito alla parte o al suo difensore di prendervi parte. Tuttavia - ecco il punto - per invocare l'inutilizzabilità dell'atto deve trattarsi di un atto cui la parte aveva diritto di partecipare ossia di un "atto di indagine". Il quale nel caso di specie non era configurabile poiché l'audizione era volta sia a controllare il comportamento dei soggetti tenuti all'esecuzione dei provvedimenti temporanei sui minori, sia a valutare lo stato di salute di questi ul-

tore che si oppone, salvo che ragioni legate all'età o ad altre circostanze, specificamente evidenziate dal giudice nella motivazione, inducano a ritenere il minore non in grado di sostenere l'audizione. Anche Corte Cost. 12 giugno 2009, n. 179, in *Fam. e dir.*, 2009, 10, 869, con nota di A. ARCERI, *Il minore e i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata*, ha riconosciuto al minore la natura di parte nel procedimento di cui all'art. 336 c.c. riguardante la modificazione o l'ablazione della potestà genitoriale. In questo senso già Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di A. PROTO PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, che ha respinto - attraverso un'interpretazione sistematica - tutti i motivi di illegittimità costituzionale originati, secondo il giudice, rimettente dalla disciplina del procedimento camerale previsto per gli interventi appena menzionati sulla potestà (art. 336 co. 2 c.c.).

Cass. Sez. un., 21 novembre 2009, n. 22238, in *Fam. pers. e success.*, 2010, 4, 254, con nota di F. R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la convenzione europea di Strasburgo* e ivi 2010, 10, 652, con nota di R. F. IANNO, *Le Sezioni Unite danno voce ai figli contesi tra genitori separati*, accoglie la censura di omessa immotivata audizione dei due figli minori prima della modifica degli accordi di separazione in punto di affidamento. Il minore, infatti, continua la Suprema Corte, in qualità di parte sostanziale di ogni procedimento che lo riguarda, deve essere sentito se ha capacità di discernimento. La mancata audizione deve essere motivata con il perseguimento di interessi superiori del minore stesso.

⁶ L'art. 10 co. 2 l.n. 184/1983 stabilisce che nell'atto di apertura del procedimento di adottabilità il Presidente del tribunale per i minorenni invita le parti a nominare un difensore "e le informa della nomina di un difensore d'ufficio per il caso che esse non vi provvedano".

² Sulla funzione delle categorie e dei concetti giuridici cfr. di recente: F. MACARIO-M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, 146 ss. e 308 ss.; F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, 7 ss. e 73 ss.; D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 4, 547 ss.; Id., *Per un'ecologia della modernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 23 ss.

³ Com'è noto appartengono alla categoria dell'incapacità legale il minore, l'interdetto, l'inabilitato e, sia pur con forti riserve sulla qualifica di incapace, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno (in argomento G. BONILINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, 26 ss.).

⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, 154, sottolinea che la fase della dichiarazione dello stato di adottabilità si svolge "con le forme dei procedimenti camerale che terminano però con sentenza. Il che, secondo l'A., costituisce la più rilevante modificazione che la legge n. 149/2001 ha apportato a tale procedimento. In tal modo superando i dubbi - esistenti nel vigore della precedente disciplina - riguardanti l'impugnabilità dei provvedimenti diversi dalla sentenza.

⁵ Il minore è parte in senso sostanziale non soltanto nel procedimento di adottabilità ma in tutti i procedimenti che lo riguardano. Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Guida al dir.*, 2011, 13, 28 ss., con commento di Finocchiaro, ha affermato che il minore, in materia di opposizione al riconoscimento, "costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica. Il che emerge non solo da alcune norme di diritto internazionale (su cui *infra*) ma anche dallo stesso art. 250 co. 4 c.c. nella parte in cui stabilisce l'obbligo di sentire il minore in contraddittorio con il geni-



timi, decorso un certo tempo dalle rispettive collocazioni (artt. 2 ss. l. n. 184/1983).

L'audizione, quindi, non è un atto istruttorio né di accertamento, essendo volta a raccogliere direttamente dalla voce del minore le opinioni e le esigenze dello stesso; elementi, questi, che il giudice non può trascurare nella sua decisione ove sia emerso che il minore è in grado di capire ciò che è utile per sé e di esprimersi con convinzione senza condizionamenti.

Non può sfuggire che se il minore da oggetto della tutela, il cui contenuto era determinato esclusivamente dal giudice, diviene - come rileva la Cassazione⁷ - soggetto di diritto⁸ "titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili (...)", la sua audizione, quand'anche sia facoltativa, non può essere ricondotta a un atto di indagine.

Questo passaggio è importante: il minore non è più indagato ma valorizzato come persona titolare di diritti. Sicché compito del giudice è stabilire se vi siano le condizioni affinché il minore eserciti il diritto "di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia" (art. 1 l. n. 184/1983), ovvero se, diversamente, occorra applicare gli istituti previsti dalla legge n. 183/1984. A tal fine il giudice attraverso l'ascolto cerca di cogliere, dalla prospettiva del minore, la concreta esigenza di tutela da perseguire; in ciò basandosi sulle percezioni, determinazioni e desideri dello stesso minore, purché queste esprimano una certo grado di maturità intellettuale nonostante la giovane età.

L'ascolto del minore, afferma la Cassazione, consente allo stesso l'esercizio di un diritto della personalità sancito all'art. 1 l. n. 184/1984, il quale tuttavia, per essere effettivo, deve accompagnarsi a

⁷ Così Cass. 26 marzo 2010, n. 7282, in commento, ma cfr. anche Cass. 19 maggio 2010, n. 12290, in *Guida al dir.* 2010, 29, 60, secondo la quale "il legislatore non considera più il minore come mero oggetto della potestà dei genitori e/o del dovere officioso del giudice di individuarne e tutelarne gli interessi preminenti, ma quale soggetto di diritto, titolare di un ruolo sostanziale e di una spazio processuale autonomi e quindi riconosciuto come parte necessaria sia sostanziale, in quanto titolare del rapporto sostanziale oggetto del processo, sia processuale, in quanto svolge un ruolo nella dinamica del processo in funzione del suo risultato giuridico e ne subisce gli effetti diretti e indiretti" (corsivo mio).

⁸ La *Convenzione di New York* del 20.11.1989, resa esecutiva con la legge n. 176/1991, contiene un nutrito elenco di diritti di cui è titolare il minore, il quale diventa parte attiva della propria esistenza attraverso il loro esercizio. Tra i più significativi: il diritto alla vita, a preservare la propria identità (nazionalità, nome, e relazioni familiari), il diritto di esprimere la propria opinione su ogni questione che lo interessa (opinione che deve essere presa in considerazione tenuto conto dell'età e del grado di maturità, art. 12) il diritto alla salute, all'educazione (comprensiva di un adeguato livello di scolarizzazione), alla privacy e altri ancora. Particolare attenzione gli Stati devono dedicare ai fanciulli mentalmente o fisicamente handicappati (art. 23).

un altro diritto fondamentale: quello di "esprimere il proprio consenso scevro da condizionamenti". A questo scopo il giudice può adottare opportune cautele tra cui quella di precludere ai genitori e ai difensori di interloquire con il minore⁹. Il che non menoma affatto il diritto di difesa delle parti, per una pluralità di ragioni efficacemente esposte dalla Suprema Corte: la preminenza della posizione del minore nel procedimento di adozione¹⁰, la non riconducibilità dell'ascolto all'accertamento di cui all'art. 10 comma 2 l. n. 184/1983 per le motivazioni esposte e la possibilità per le altre parti di esercitare comunque il diritto di difesa¹¹.

3. Rilevanza della capacità di discernimento del minore.

a) Se l'esame della condizione giuridica del minore si arrestasse all'interpretazione dell'art. 2 commi 1 e 2 c.c., si dovrebbe concludere che

⁹ L'art. 6 della *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo* (Strasburgo 25.1.1996, resa esecutiva con legge n. 77/2003) stabilisce che "quando il fanciullo è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, l'autorità giudiziaria: (...) consulta personalmente il fanciullo, se del caso, e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata tenendo conto del discernimento del fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso" (corsivo mio). La capacità sufficiente di discernimento rende preziosa l'audizione del minore, la quale, proprio al fine di far emergere il pensiero dello stesso su una vicenda che lo riguarda, può svolgersi anche in privato, impedendo alle altre parti e ai difensori di parteciparvi. L'audizione privata è funzionale alla migliore tutela del minore.

¹⁰ L'art. 3 della *Convenzione di New York*, cit., stabilisce che "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente" (in tal senso cfr. anche l'art. 24 comma 2 *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*). Più specificamente l'art. 21 sempre della Conv. di New York sancisce che "Gli Stati Parti che ammettono e/o autorizzano l'adozione, si accertano che l'interesse superiore del fanciullo sia la considerazione fondamentale in materia (...)".

¹¹ Secondo il disposto dell'art. 10 co. 2 l. n. 183/1984, le parti, afferma la Cassazione nella sentenza in commento, possono presentare "istanze, suggerimenti e altri atti". Inoltre, poiché le dichiarazioni sono acquisite al processo, vi è la possibilità per i contendenti, "in posizione paritaria, di metterne in discussione pertinenza e attendibilità, pure attraverso richieste istruttorie e perfino in relazione ad eventuali interferenze in danno del dichiarante che siano state perpetrate durante l'esame". Tra l'altro, nel caso di specie, il tribunale, indicate le ragioni dell'esclusione dei genitori e dei difensori, aveva dato loro la facoltà "di depositare memorie onde proporre temi e domande da sottoporre al minori, nonché di formulare rilievi e istanze istruttorie anche per contestarne le dichiarazioni e/o dimostrare la ricorrenza di circostanze diverse da quelle prospettate da questi ultimi".



l'incapacità dello stesso riguarda non soltanto l'attività contrattuale (artt. 320, 357, 374 e 375 c.c.), ma anche l'esercizio dei diritti personali. Questa impressione è seccamente smentita da altre disposizioni e da talune pronunce della Cassazione.

La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli hanno spinto il legislatore italiano a intervenire sulla disciplina dell'adozione, valorizzando maggiormente la volontà del minore. Due norme sono state decisive in tal senso, come ricorda la stessa sentenza in commento: rispettivamente l'art. 12 e l'art. 3 pongono l'accento sul diritto del minore, capace di discernimento, di essere ascoltato dall'autorità giudiziaria per esprimere la propria opinione su questioni che lo interessano¹².

Se il criterio che impone l'ascolto è la capacità di comprendere fatti, provvedimenti giudiziari e conseguenze, occorre slegare l'ascolto dal criterio dell'età fissato in modo rigido, a priori, dal legislatore. Criterio sotto il quale il minore doveva essere sempre considerato un semplice destinatario della decisione giudiziaria assunta da altri nel suo interesse. Questa scelta di cristallizzare la valutazione della maturità si è rivelata non del tutto appagante. Sicché essa convive, oggi, con la previsione normativa di un altro criterio (la capacità di discernimento), questa volta elastico, che consente di andare oltre la fattispecie astratta dando rilievo alla persona concreta.

La legge n. 149/2001¹³, infatti, ricorda la Cassazione, per un verso ha mantenuto sia la regola del

consenso all'adozione da parte del minore ultraquattordicenne (art. 7 comma 2 l. n. 184/1983), sia, con riferimento alla dichiarazione dello stato di adottabilità, l'obbligo per il giudice di sentire personalmente il minore di anni dodici (art. 7 comma 3 l. n. 184/1983)¹⁴. Per altro verso è stata però introdotta - sempre con riguardo allo stato di adottabilità - un'importante novità consistente nella previsione dell'obbligo di sentire il minore di anni dodici se *capace di discernimento* (art. 7 comma 3). E' su quest'ultima che preme soffermarsi.

Intanto, in chiave sistematica, è utile rilevare che sono state dettate altre analoghe disposizioni incentrate sul discernimento. Esse riguardano tutti i principali momenti dell'adozione: l'affidamento familiare (art. 4 comma 1 l. n. 184/1983), la conferma, modifica o revoca da parte del tribunale dei provvedimenti urgenti adottati dal Presidente dello stesso (art. 10 comma 5 l. n. 184/1983), l'affidamento preadottivo (art. 22 comma 6 l. n. 184/1983), la sua revoca (art. 23 comma 1 l. n. 184/1983) e la dichiarazione di adozione (art. 25 comma 1 l. n. 184/1983) anche in casi particolari (art. 45 comma 2).

E' stato dunque previsto, come si diceva, un criterio elastico, capace di correggere la presunzione di immaturità legata ad una certa età. Il che è senz'altro positivo poiché la previsione della capacità di discernimento, sancita anche in disposizioni diverse da quelle appena citate¹⁵, comporta

dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile».

¹⁴ Il legislatore ha temperato la regola generale dell'acquisto della capacità di agire al compimento del diciottesimo anno di età, prevedendo che la legge possa stabilire un'età diversa con riguardo a taluni atti (art. 2 c.c.). L'intento è stato di mitigare la regola astratta e indifferenziata che presume un'insufficiente maturità per valutare e porre in essere tutti gli atti prima del compimento di anni diciotto. Difatti per alcuni atti di natura non patrimoniale - con riguardo ai quali si è parlato di "semicapacità" - è sufficiente aver compiuto 16 anni. Alcune norme riguardano l'ascolto (artt. 145, 284 co. 2 c.c.) altre attribuiscono diritti (artt. 363, 250 co. 5 c.c.), altre ancora richiedono un consenso (art. 250 co. 2, 252 co. 2, 273 co. 2 c.c.). Inoltre il minore di anni 16 può ricorrere al giudice per la nomina di un curatore speciale al fine di intraprendere l'azione di disconoscimento della paternità (art. 244 co. 4 c.c.) o per impugnare il riconoscimento (art. 264 co. 2 c.c.).

¹⁵ Tra queste si possono ricordare: l'art. 155-*sexies* c.c. stabilisce che il giudice, nella separazione giudiziale, prima di emanare i provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. (effetti economici riguardo ai figli) dispone l'audizione anche del figlio di età inferiore ad anni dodici "ove capace di discernimento". Se vi è quest'ultima condizione, il giudice deve disporre l'audizione. La norma valorizza la persona a prescindere dalla sua *status* di incapace legale, in ciò differenziandosi nettamente da quella precedentemente in vigore in tema di scioglimento del matrimonio. La quale legava l'audizione alla stretta necessità "anche in considerazione dell'età" (art. 6 co. 9 l. n. 898/1970). E' evidente il passaggio dalla concezione del minore come oggetto dell'intervento giudiziario a quella del minore come soggetto che contribuisce a orientare il *decisum*; l'art. 84 c.c. menziona

¹² L'art. 12 *Convenzione di New York* stabilisce che "Gli Stati Parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo *essendo debitamente prese in considerazione* tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità" (corsivo mio). Analogamente e più in dettaglio l'art. 3 della *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo*: "Ad un fanciullo che è considerato dal diritto interno come avente discernimento sufficiente, sono conferiti nelle procedure dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo concernono i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la sua opinione; c) essere informato sulle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione". Da menzionare anche l'art. 6 co. 2 della *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina* (Oviedo, 4.4.1997) secondo il quale "Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità". Entrambe le norme mettono l'accento sulla rilevanza delle opinioni (o del parere) del minore e dunque dell'influenza sulla decisione del giudice. Proprio in ragione di ciò, il giudice deve informare il minore sulle conseguenze dell'attuazione della sua opinione.

¹³ La legge 28 marzo 2001, n. 149 è intitolata "Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e

un' incisiva valorizzazione della persona del minore, nonostante l'incapacità legale. Attraverso il criterio del discernimento, il minore, parte principale del processo, diviene attivo protagonista nell'esercizio del diritto (della personalità) "di crescere ed essere educato nella propria famiglia", ovvero di essere dichiarato adottabile quando la famiglia di origine non sia in grado di provvedere alla sua crescita ed educazione. Se il minore è capace di discernere ciò che è bene per sé, egli deve poter influenzare in modo decisivo la scelta del giudice sulla sua permanenza nella famiglia di sangue o sull'affidamento ad altra. Ma in che senso? Il giudice deve necessariamente accogliere e attuare la volontà di un incapace legale?

Indubbiamente le norme sulla capacità di discernimento e alcuni orientamenti giurisprudenziali che esamineremo hanno attribuito maggiore rilevanza alla volontà del minore. L'opinione di quest'ultimo non è più mero dato di fatto che il giudice raccoglie per assumere una decisione basata esclusivamente sulla propria convinzione di quale sia il miglior interesse dell'infradiciotenne. Il quale, in questa superata prospettiva, è considerato mera fonte d'informazioni e destinatario di un generico *favor* concesso dall'alto.

Invece, nel nuovo quadro normativo e giurisprudenziale il minore è "soggetto di diritto, titolare in concreto di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili"¹⁶. La sua manifestazione di volontà è tanto più decisiva nella pronuncia giudiziale quanto più egli sia ritenuto maturo. Allo sviluppo della capacità di discernimento si lega, quindi, in un rapporto di proporzionalità diretta, il grado di vincolatività che per il giudice assume l'opinione del minore.

Che sia così è dimostrato soprattutto dall'obbligatorietà dell'ascolto, legata proprio alla capacità di discernimento (o all'età); essa costituisce un chiaro indice della rivalutazione della rilevanza delle opinioni del minore¹⁷. Di certo - si dirà - non può trascurarsi che la volontà di quest'ultimo deve confrontarsi con il diritto fondamentale dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 30 Cost.)¹⁸. Ma è altrettanto vero che in questo bi-

lanciamento l'interesse del minore si trova in posizione sovraordinata; inoltre la capacità di discernimento, consentendo l'autodeterminazione, fa sì che il minore possa assumere, nell'esercizio della propria libertà personale¹⁹, la migliore decisione per il proprio benessere.

b) L'impostazione appena esposta, incentrata sul minore soggetto di diritto, trova altro riscontro in due orientamenti giurisprudenziali, cui si faceva cenno poco sopra, riguardanti l'uno l'obbligatorietà del curatore speciale, l'altro la definizione dello stato di abbandono.

Soffermandosi sul primo, allo scopo di rafforzare la posizione processuale e sostanziale del minore nel giudizio di adottabilità, la Cassazione, in un'altra pronuncia²⁰, ha ritenuto necessaria la nomina del curatore speciale quando al minore in stato di abbandono non sia stato nominato un tutore. In questo caso - osserva esattamente la Suprema Corte - se la rappresentanza da parte dei genitori o del genitore è ancora in atto²¹, il conflitto di interessi tra i primi e il minore è *in re ipsa*, essendo l'inadempimento dei doveri genitoriali presupposto del procedimento. Da qui l'obbligatorietà della figura del curatore speciale²², al quale soltanto - e non al tribunale - com-

ri di mantenimento, educazione e istruzione, ma deve sostanzialmente di potenzialità affettive". L'art. 2 comma 1 l. n. 184/1983 non a caso pone l'accento sulle "relazioni affettive" di cui deve essere capace la famiglia affidataria.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 4, 1050, collocando l'autodeterminazione nella libertà personale (art. 13 Cost.), afferma che "quest'ultima infatti nel suo significato moderno si esprime non soltanto come indipendenza da una signoria altrui ma anche come potere di autodeterminazione cioè come fascio di facoltà di scelta riguardanti la persona nella sua individualità". G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 2, 86, più specificamente, pone in luce la rilevanza dell'autodeterminazione nel contratto, richiamando la giurisprudenza sulla nullità dello stesso concluso a seguito di convenzione di persona incapace.

²⁰ Si legge in Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit., che "la nomina di un curatore speciale deriva dalla stessa natura e funzione del giudizio dichiarativo dello stato di adottabilità, al quale l'ordinamento assegna la scopo obiettivo di cancellare il rapporto di filiazione per sostituirlo con l'accertamento dei presupposti per l'adozione, avendo causa la situazione di abbandono in cui si trova il minore proprio nell'inadempimento dei doveri parentali da parte dei genitori".

²¹ Il che accade quando non sia ancora intervenuto un provvedimento limitativo o ablativo della potestà. Ma assai più di frequente, il tribunale, all'atto dell'apertura del procedimento, sospende la potestà dei genitori sul minore e nomina un tutore provvisorio con il compito di rappresentare il minore (art. 10 co. 3 l. n. 184/1983).

²² Il curatore speciale deve essere altresì nominato quando il tutore non provvede alla nomina di un difensore e non vi è il protutore, ovvero qualora sorga conflitto di interessi tra tutore e minore e ugualmente manchi la figura del protutore. Insomma non vi può essere un difensore (nominato dal tribunale) in as-

la maturità psico-fisica tra i presupposti che giustificano l'autorizzazione giudiziale del minore a contrarre matrimonio; l'art. 12 co. 2 legge n. 196/1978 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) afferma che il giudice tutelare tiene conto della volontà della donna minorenni.

¹⁶ M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2007, 162.

¹⁷ R. CATERINA, *Ai confini dell'autonomia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 3, 465 ss.

¹⁸ M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., 47, sottolinea che "l'idoneità genitoriale non è vista solo in relazione all'adempimento (freddo e obiettivo) dei dove-





pete il potere di nomina dell'avvocato per la difesa tecnica del minore²³.

Sul piano processuale ne consegue che, qualora non sia stato nominato il curatore speciale, il quale rappresenti e tuteli in giudizio i preminenti interessi e diritti del minore, "il giudizio è nullo per vizio insanabile della costituzione del rapporto processuale e violazione del principio del contraddittorio, rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, anche d'ufficio"²⁴. Sotto il profilo sostanziale, invece,

senza di un rappresentante legale del minore. Ciò per una ragione molto semplice: il minore non ha un'adeguata capacità di rapportarsi con il suo difensore, controllandone e orientandone l'operato.

²³ Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit., precisa che i ruoli del rappresentante legale (tutore o curatore speciale) e dell'avvocato restano distinti anche quando si cumulano nel medesimo soggetto (art. 82 comma 2 c.p.c.). Il tutore o il curatore speciale sono i soggetti preposti a valutare, autonomamente e senza condizionamenti, l'interesse del minore rappresentando quest'ultimo in giudizio. Essi, ad esempio, sono liberi di difendere o di contestare lo stato di adottabilità, accettando o impugnando la sentenza che lo disponga (Cass., 17 febbraio 2010, n. 3804 e Cass., 17 febbraio 2010, n. 3805, entrambe in *Fam. e dir.*, 2010, 6, 550 ss., con nota di A. FIGONE, *Sulla rappresentanza del minore nel procedimento di adottabilità*; in tal senso già Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, in *Leggi d'Italia on line*: "il curatore speciale del minore (...) assume una legittimazione processuale autonoma; e indipendentemente dal contenuto della decisione, può, quindi, liberamente proporre appello o ricorso per cassazione, così come rinunziarvi, in relazione agli interessi del minore e senza necessità di autorizzazione alcuna"). L'avvocato del minore, invece, assumendo la difesa tecnica, non può che perseguire gli interessi sostanziali e processuali del suo assistito (cfr. anche Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, in *Leggi d'Italia on line*). Afferma recisamente Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit., che nella novella del 2001 non vi è alcuna norma "che dimostri l'intendimento di spostare l'attenzione da una rappresentanza sostanziale (quella tipica del tutore o del curatore speciale) ad una mera rappresentanza tecnica, nonché ad una difesa processuale che assorba in sé la prima". La Suprema Corte argomenta dagli artt. 8 comma 4 l. n., 184/1983, 343 o 321 c.c. e 9 Convenzione di Strasburgo. Tra l'altro - afferma Cass., 17.2.2010, n. 3805, cit. - che il "minore, dotato del necessario discernimento, pure potrebbe chiedere la nomina di un rappresentante (tutore, curatore speciale) non ancora nominato, ovvero la nomina di un difensore, se il tutore o lo stesso curatore speciale, che non rivesta la qualità di avvocato, non vi provvedano tempestivamente. Ciò in piena aderenza al nostro diritto (art. 78 c.p.c.) e alla Convenzione di Strasburgo (art. 4)".

²⁴ Così Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit., la quale naturalmente chiarisce che se è stato nominato un tutore, spetterà a quest'ultimo nominare un avvocato, purché non sia anch'egli in conflitto di interessi con il minore (art. 78 co. 2 c.p.c.). Nel caso deciso da questa pronuncia, il fatto che tutore provvisorio fosse un ente pubblico (art. 354 c.c.) non giustificava di per sé la presenza di un conflitto di interessi col minore. Anzi l'art. 355 co. 2 c.c., stabilendo che non si dà luogo alla nomina del tutore provvisorio quando tutore è un ente di assistenza, lascia intendere che, di regola, non vi è conflitto di interessi con il minore considerata la funzione pubblica dell'ente stesso. La Suprema Corte ha, infatti, affermato che il conflitto di interessi deve essere specificamente dedotto e provato in relazione a circostanze concrete. Le quali possono ad esempio essere rappresentate dal fatto che la politica assistenziale del Comune "privilegi

l'obbligatorietà del curatore speciale, soggetto terzo non portatore di un proprio interesse, garantisce la migliore tutela del minore quando l'interesse di quest'ultimo contrasta con quello del rappresentante legale.

Sono, infatti, numerose le norme che attribuiscono al giudice il potere di nominare il curatore speciale²⁵. Ne consegue che la prescrizione di tale potere contenuta nell'art. 78 c.p.c. "non ha carattere eccezionale [ma richiama] un istituto [il curatore speciale] che è espressione di un principio generale, destinato a operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace"²⁶.

Il secondo orientamento cui si accennava è richiamato dalla sentenza che si annota, la quale in un passaggio importante rafforza senz'altro la centralità della personalità del minore²⁷. Esso ricorda come

l'affidamento familiare come alternativa all'adozione e quindi sia tendenzialmente contrario alla dichiarazione di adottabilità" (Cass., 17 febbraio 2010, n. 3805, cit.). Quest'ultima pronuncia continua affermando che "la verifica del conflitto va fatta *ex ante*, e non a posteriori, in relazione agli atteggiamenti assunti dalle parti in causa".

²⁵ Cfr. artt. 244 co. 4 e 247 co. 2 c.c. in tema di azione di disconoscimento della paternità, art. 264 co. 2 c.c. in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, art. 273 co. 1 c.c. in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità naturale, art. 279 co. 3 c.c. riguardante l'azione per ottenere il rispetto dei doveri dei genitori nel caso di irrisconoscibilità della filiazione e art. 284 co. 1 n. 4) c.c. in caso di legittimazione del figlio naturale.

²⁶ Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 83, cit., con riguardo al giudizio di opposizione *ex art.* 250 co. 4 c.c., ha ritenuto necessaria la nomina al minore del curatore speciale soltanto "qualora si prospettino situazioni di conflitto di interessi anche in via potenziale" tra il primo e il genitore che, avendo già effettuato il riconoscimento, ne ha la rappresentanza sostanziale e processuale. L'art. 250 co. 4 c.c. non è dunque incostituzionale nella parte in cui non prevede il curatore speciale, essendo quest'ultimo un istituto che opera tutte le volte in cui vi sia conflitto di interessi tra il minore e il rappresentante legale. Analogamente, con riguardo all'art. 336 c.c., la Corte Cost., 12 giugno 2009, n. 179, cit., ha ritenuto legittima tale norma in quanto integrata dagli artt. 9 co. 2 e 12 Conv. New York e dagli artt. 4 co. 1 e 9 co. 1 Conv. Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, in cui si prevede il diritto del minore di chiedere la nomina di un rappresentante speciale.

²⁷ Sul concetto e sulla funzione di personalità ancora attuali sono le riflessioni di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, 1972, spec. 137-142. L'A. pone in luce come la personalità, concetto non esauribile nella categoria del diritto soggettivo, generi la crisi della distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire. "La personalità è valore obiettivo, interesse, bene giuridicamente rilevante. Valore e bene che si attuano in forma dinamica dalla nascita alla morte della persona, la quale, a sua volta si sviluppa con una propria formazione, con una propria educazione, con proprie scelte. Tutto questo attiene alla dinamica della personalità, alla personalità come valore e non come capacità giuridica o soggettività". L'A. insiste sulla personalità come "valore che si esprime sotto forma di titolarità istituzionale e nasce con una sua rilevanza giuridica perché non v'è persona senza certi diritti, come non v'è senza certi doveri".

larga parte della dottrina escluda che l'apprezzamento dello stato di abbandono, presupposto della dichiarazione di adottabilità, possa esaurirsi nella valutazione del dato oggettivo²⁸. In più rispetto a questo occorre “[considerare] anche la percezione soggettiva di esso da parte del minore, altrimenti correndosi il rischio di esporlo a seri e gravissimi traumi”. Del resto la sentenza in commento ricorda come la Cassazione abbia incisivamente affermato che “i provvedimenti nell’interesse del minore non vanno stabiliti a priori, sulla base di

²⁸ Vi è stato di abbandono quando la famiglia non è in grado di prestare le cure necessarie, né di assicurare l’adempimento dell’obbligo di mantenere, educare e istruire la prole. Al di sotto di questo livello minimo dei doveri genitoriali vi è non semplice inadeguatezza al ruolo di genitore, ma abbandono. Una valutazione meramente quantitativa è stata tuttavia ritenuta inadeguata; più appropriato, se si considera che il minore è soggetto di diritti, è valutare dal punto di vista dello stesso minore, gli effetti su quest’ultimo di una situazione difficile. Secondo Cass., 11 agosto 8.2009, n. 18219, in *Fam. e dir.*, 2010, 7, 693 ss., con nota di F. LONGO, *Stato di abbandono del minore: una nozione da rimeditare?*, occorre guardare “non ai comportamenti del genitore, ma alle conseguenze sulla personalità del minore (...) e dunque va affermato che, ove la situazione familiare sia tale da compromettere in modo grave ed irreversibile lo sviluppo psico-fisico della personalità del fanciullo, si dovrà far luogo all’adozione. Non alla figura di un minore astratto, né a tutti i minori di quell’età o di quell’ambiente sociale ci si dovrà richiamare, ma a *quel minore particolare*, con la sua storia, il suo “vissuto”, le sue caratteristiche fisiche e psicologiche, la sua età, il suo grado di sviluppo (o meglio le potenzialità, le possibilità di sviluppo)” (corsivo mio). Un’altra sentenza conferma quest’interpretazione. Valutare la situazione di abbandono dall’angolo visuale del minore e non dei genitori e dei parenti significa dare rilievo a una “situazione di fatto obiettiva che, a prescindere dagli intendimenti e desideri dei genitori e parenti, impedisca o ponga in pericolo il sano sviluppo psicofisico del minore”. E’ dunque irrilevante che vi sia o no colpa dei genitori e dei parenti, “dovendosi guardare unicamente alla situazione oggettiva e all’interesse esclusivo del minore” (così Cass., 31 marzo 2010, n. 7961, in *Leggi d’Italia on line*; ivi cfr. anche Cass., 28 ottobre 2005, n. 21100). L’adozione, com’è noto, si distingue da altre misure quali l’aiuto e il sostegno alla famiglia (artt. 30 comma 2 e 31 Cost.), l’affidamento familiare (artt. 2 ss. l. n. 184/1982), la decadenza dalla potestà (art. 330 c.c.) e l’allontanamento del genitore dalla residenza familiare (art. 333 c.c.) in quanto essa, presupponendo una situazione grave e irreversibile (artt. 1 e 8 comma 1 l. n. 184/1983), costituisce l’*extrema ratio* (Cass., 22 gennaio 2010, n. 1108, in *Fam. e dir.*, 2010, 12, 1099 ss., con nota di F. ASTIGGIANO, *Il procedimento di adottabilità del minore: alcuni aspetti procedurali e ruolo dei parenti*, afferma che il diritto di essere educato nella propria famiglia di origine cede all’esito negativo dell’applicazione di strumenti di aiuto e sostegno alla famiglia stessa; Cass., 14 aprile 2006, n. 8877, in *Nuova gir. civ. comm.*, 2007, 2, 125, con nota di J. LONG, *L’adottabilità del minore tra condizione obiettiva del figlio e situazione soggettiva del genitore*, richiama la necessità di un particolare rigore nella valutazione dello stato di abbandono; già Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, cit.). In tal senso cfr. art. 9 Conv. New York e art. 24 comma 3 Carta dei diritti fondamentali UE.

un generico criterio di adeguatezza, ma rapportati alle reali esigenze della fattispecie in esame”²⁹.

Emerge con piena evidenza come il giudice, nell’applicare gli istituti regolati dalla legge n. 184/1983, debba apprezzare non il minore astratto, ma quel singolo minore con riguardo all’età, al vissuto e al grado di maturità che lo connotano. In questa cornice di riferimento la problematicità della famiglia naturale non è certo un fattore sufficiente a determinare lo stato di abbandono; occorre che vi sia almeno il rischio di danno morale e materiale cui è sottoposto il minore permanendo nella famiglia d’origine³⁰.

Ecco che appuntando l’attenzione sul minore in concreto, appaiono decisive non le azioni o omissioni dei genitori di per sé, bensì le loro conseguenze sul minore. Queste ultime devono però essere valutate in base non a un criterio astratto e (tendenzialmente) oggettivo, ma alla percezione che lo stesso minore ha della situazione.

4. La posizione dei parenti entro il quarto grado nella dichiarazione di adottabilità.

Con riferimento al procedimento per la dichiarazione di adottabilità, la legge n. 184/1983 assegna un ruolo decisivo ai parenti entro il quarto grado del minore. Tra questi, però, soltanto a chi abbia “mantenuto rapporti significativi con il minore” (art. 12) o, secondo altra formulazione, a chi abbia siffatti rapporti (art. 11). Il che emerge da diverse disposizioni.

L’art. 11 comma 1 l. n. 184/1983 condiziona, in caso di decesso dei genitori, la dichiarazione dello stato di adottabilità all’inesistenza dei menzionati rapporti tra il minore e i parenti entro il quarto grado. I quali, ancora prima, all’atto di apertura del procedimento e in mancanza dei genitori, devono essere avvertiti (art. 10 comma 2 l. n. 184/1983). Se la loro presenza consta a seguito di indagini (art. 10 comma 1), il Presidente del tribunale ne fissa la comparizione (art. 12 comma 1). Agli stessi deve

²⁹ Cass., 23 luglio 1997, n. 6899, in *Foro it.*, 1999, I, 2058. In questo caso, la sentenza che aveva confermato la dichiarazione di adottabilità è stata cassata perché i giudici non hanno considerato il netto rifiuto del minore di abbandonare la famiglia di origine alla quale lo stesso era molto legato. I provvedimenti nell’interesse del minore vanno “rapportati alle reali esigenze del caso concreto, che non possono non emergere da un diretto colloquio col soggetto interessato”. Lo stato di abbandono va quindi accertato non soltanto in base a parametri oggettivi, ma anche soggettivi: esattamente valutando come il minore si rapporti alla famiglia, nonostante le grandi difficoltà in cui la stessa versa.

³⁰ Cass. 14 novembre 2003, n. 17198, in *Guida al dir.*, 2004, 1, 53 ss.



essere notificata la sentenza per consentirne l'impugnazione nelle forme e nei termini di legge (art. 15 comma 3).

Ora, poiché tali norme attribuiscono una posizione sostanziale e processuale ai parenti in ragione dell'instaurazione di "rapporti significativi" con il minore, è essenziale interpretare questa locuzione. Soprattutto occorre capire in quale momento siffatti rapporti devono esistere per rilevare giuridicamente e a quali condizioni possono dirsi esistenti.

In generale il termine "rapporto" indica una relazione tra persone che può essere di varia natura. Dal rapporto di parentela, al rapporto commerciale, diplomatico, epistolare e altro ancora. Ma nell'ambito che ci interessa il legislatore ha inteso riferirsi a una relazione affettiva e di sostegno, duratura, in cui il parente entro il quarto abbia assunto un sicuro rilievo nella vita del minore. Il che si deduce innanzitutto dal numero plurale del sostantivo "rapporto" adoperato dal legislatore, ad indicare incontri e contatti frequenti con il minore. Inoltre aver qualificato i rapporti come "significativi", ossia di particolare valore, postula, oltre al semplice incontrarsi o sentirsi, il consolidamento di un legame.

Non v'è dubbio, allora, che il legislatore, nel sottolineare la significatività del legame, abbia inteso attribuire rilevanza al rapporto di sangue cui devono corrispondere però relazioni affettive in atto. Tanto importanti da indurre il Tribunale a mantenerle nell'interesse del minore³¹. Se così è deve trattarsi di un rapporto simile a quello che normalmente si instaura con i genitori, i quali portano avanti un progetto educativo, di sostegno morale e materiale del minore³². Tant'è che - si ripete - la presenza del parente in siffatto rapporto col minore preclude la dichiarazione di adottabilità.

La giurisprudenza di legittimità sembra aver accolto quest'interpretazione. L'aggettivo "significativo" denota, secondo la Cassazione, l'esistenza di "rapporti idonei ad esprimere la loro potenziale disponibilità ed attitudine a sopperire alla mancanza dei genitori o alle carenze degli stessi"³³, al limite, anche tentando di contrastare condotte pregiudizievoli dei genitori³⁴. Deve sussistere insomma una re-

lazione duratura e consolidata, connotata da una presenza attiva e significativa del parente nella vita del minore. E' l'esistenza di questo legame forte e durevole a costituire la ragione della rilevanza processuale e sostanziale della posizione dei parenti entro il quarto grado.

Soltanto in tal caso essi devono essere convocati perché verosimilmente in grado di "offrire elementi essenziali per la valutazione dell'interesse del minore e, per altro aspetto, di prospettare soluzioni dirette a ovviare allo stato di abbandono nell'ambito della famiglia di origine"³⁵. E' evidente, dunque, la delicatezza dell'audizione dei parenti, all'esito della quale può escludersi lo stato di abbandono.

Se la locuzione "rapporti significativi" indica un legame consolidato nel tempo, già esistente all'apertura del procedimento, deve ritenersi insufficiente ad escludere l'abbandono la mera disponibilità - non preceduta da tale legame - di occuparsi del minore manifestata da uno dei parenti in seno al procedimento stesso. Questa dichiarazione, di per sé, non ha rilevanza se non è "suffragata da elementi oggettivi che la rendano credibile"³⁶. Il che postula, come si diceva, la preesistenza - salvo in un caso individuato dalla giurisprudenza³⁷ - del legame all'inizio del procedimento.

Quest'interpretazione ha un solido fondamento nella lettera della legge e nel principio del miglior interesse del minore. La semplice disponibilità verbale, manifestata da un parente, non rileva se non è suffragata da precedenti comportamenti che ne attestino la credibilità³⁸. Siffatto esito ermeneutico si apprezza particolarmente nel caso di abusi sessuali e di maltrattamenti in famiglia.

presi i nonni) a farsi carico dei minori, dovendo comunque sussistere un rapporto sottostante di familiarità e accudimento, ovvero, al limite, *un tentativo di contrastare la condizione di degrado dei minori, con interventi sostitutivi dei genitori od eventualmente con denunce alle autorità di controllo*" (corsivo mio).

³⁵ Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, cit. e Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit.

³⁶ Cass., 28 febbraio 2006, n. 4407, in *Leggi d'Italia on line*.

³⁷ Secondo Cass., 28 gennaio 2011, n. 2102, cit., quando lo stato di abbandono da parte dei genitori si verifica fin dalla nascita del minore (il quale pertanto viene posto in una struttura assistenziale), la dichiarazione resa dai parenti entro il quarto grado di voler prendersi cura dello stesso è rilevante al fine di evitare la dichiarazione di adottabilità. Ciò in quanto, in tale situazione, "[non vi possono essere stati] preesistenti rapporti significati fra il minore e i parenti fino al quarto grado già consolidati". Di conseguenza - continua la Suprema Corte - "la concreta manifestazione di detta disponibilità entro un termine ragionevolmente breve dalla nascita comporta che il minore non possa essere ritenuto in stato di abbandono, salvo che si accerti, in relazione alla specifica situazione del caso la inidoneità dei parenti ad assicurarne l'esistenza e la crescita in modo adeguato".

³⁸ Cass., 29 gennaio 2010, n. 2123, in *De jure on line*.

³¹ Cass., 28 gennaio 2011, n. 2102, in *De jure on line*.

³² Dalle norme sopracitate e da altre norme che pure fanno riferimento ai parenti entro il quarto grado (artt. 9 co. 4, 11 co. 1 e 13 co. 1 l. n. 184/1983) si ricava l'obbligo a carico degli stessi di prestare assistenza al minore e di adempiere agli obblighi educativi come per i genitori. "L'inottemperanza conduce alla pronuncia di adottabilità e allo scioglimento di ogni vincolo del minore anche con essi" (cfr. Cass., 11 agosto 2009, n. 18219, cit.).

³³ Cfr. Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, cit. e Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit.

³⁴ Cass., 31.3.2011, n. 7504, in *De jure on line*, afferma che "non è sufficiente una mera disponibilità dei parenti (ivi com-

Qui è necessario che il rapporto pregresso ed attuale sia tale da garantire da un lato “una sufficiente autonomia di detti parenti rispetto alla famiglia d’origine” e dall’altro “una situazione affettiva, materiale e morale (...) idonea a prefigurare un adeguato equilibrio psicofisico e lo sviluppo della personalità del minore”³⁹. Non può difatti sfuggire il pericolo - che si determina attraverso l’affidamento (provvisorio o preadottivo) - di favorire nuovi contatti tra il minore e chi gli ha arrecato pregiudizio tramite parenti che, non avendolo protetto all’epoca dei fatti, non meritano alcuna considerazione da parte dell’ordinamento.

5. La crisi del soggetto astratto.

L’accresciuta complessità del quadro giuridico propizia una riflessione sull’idoneità della categoria dell’incapacità legale a esprimere compiutamente, su un piano unitario, la condizione giuridica del minore e, invero, più ampiamente, della persona priva di autonomia. Ma è sulla prima figura che, come si diceva nelle prime pagine, si intende concentrare l’attenzione, muovendoci lungo una linea storica sicuramente espressiva dell’evoluzione del diritto.

L’invenzione del soggetto astratto ha rappresentato, com’è noto, una conquista di civiltà, il “riscatto dell’umano”⁴⁰, attribuendo pienezza alla persona. Tutto all’opposto dell’*Ancien Régime* il quale, impedendo al soggetto di uscire dalle gabbie degli status, del ceti, del mestiere e del sesso, gli negava libertà e uguaglianza. La società era gerarchizzata, ai nobili spettavano privilegi e immunità e, in generale, l’individuo era frantumato in vari stati cui corri-

spondevano diverse graduazioni di diritti e di divieti⁴¹.

Sotto la spinta della Rivoluzione francese e del razionalismo illuministico si è costruito nell’Ottocento il soggetto unico, astratto, cui è riconosciuta la capacità giuridica. La quale ha segnato il distacco dal passato “[rappresentando] l’espressione di maggior rilievo della nozione globale di soggettività”⁴²; in base ad essa la persona fisica diviene punto di collegamento di tutte le norme dell’ordinamento giuridico, non essendogli precluso, in anticipo, alcun campo di diritti e di obblighi per la mancanza di qualità costanti o di status. La persona fisica in quanto titolare di doveri giuridici e diritti soggettivi “è questi doveri giuridici e questi diritti soggettivi, è cioè un complesso di doveri giuridici e di diritti soggettivi, la cui unità si esprime in modo figurato nel concetto di persona”⁴³.

Si è affermata così l’uguaglianza formale che implica indifferenza del soggetto di fronte a taluni fattori che, altrimenti, avrebbero costituito motivo di discriminazione. Il che non ha comunque impedito al legislatore, prima delle Costituzioni del secondo dopoguerra, di introdurre limitazioni alla capacità giuridica come quelle tristemente note che hanno interessato gli Ebrei.

La soggettività giuridica, tuttavia, era ed è connotata e completata dalla capacità d’agire, qualità che, specificamente riconosciuta e disciplinata dall’ordinamento, consiste - secondo la migliore definizione - “nell’attitudine del soggetto a porre in essere l’elemento di fatto delle fattispecie giuridiche, cioè a cooperare al processo di produzione dei fenomeni del diritto”⁴⁴.

³⁹ Cass., 29 gennaio 2010, n. 2123, cit., ha confermato la pronuncia d’appello che correttamente ha attribuito rilievo non alle “buone intenzioni e alla “sincera disponibilità” della zia e della nonna di occuparsi del minore, ma al fatto che le stesse non erano apparse idonee a garantire “la fermezza e l’autonomia necessarie, rispetto alla famiglia d’origine dei minori”. Nei giudizi di merito era emerso che tali parenti non avevano assicurato protezione quando la madre, in violazione del provvedimento del giudice, consentiva al padre di incontrare i minori. Analogamente Cass., 11 agosto 2009, n. 18219, cit., secondo la quale non è sufficiente la mera disponibilità verbale ad adempiere compiti educativi, ma è “necessario accertare l’idoneità del parenti che, nel caso di comportamenti particolarmente negativi dei genitori, dovrebbe tra l’altro configurarsi sotto forma di efficace impedimento ed opposizione alle pretese e agli atteggiamenti dei genitori stessi, scongiurando la permanenza di una loro influenza negativa sul minore”. Nel caso di specie, invece, era stata accertata la mancanza di rapporti significativi tra le zie e la minore anche nel periodo immediatamente successivo all’omicidio della madre ad opera del padre”, nonché la difficoltà delle stesse di porsi dalla parte della minore”.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2007, 11.

⁴¹ G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, 90 ss., dà ampio conto di quel periodo storico, ripercorrendo alcune pagine di J. Domat e R. J. Pothier.

⁴² A. FALZEA, voce *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1960, 11-12. Cfr. P. RESCIGNO, voce *Capacità giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, 873 ss.; G. ARENA, voce *Incapacità*, in *Enc. dir.*, 1970, 909 ss.; P. STANZIONE, voce *Capacità, I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, 1988, 1 ss.; A. VENCHIARUTTI, voce *Incapaci*, in *Digesto*, 1993, 367 ss.; ALPA, *Status e capacità*, cit., 147 ss., dopo aver inquadrato la capacità in prospettiva storica, dedica diverse pagine ai profili attuali della capacità giuridica.

⁴³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di Losano, Torino 1990, 197, si sofferma a lungo anche sul problema dell’ente come titolare di doveri e diritti soggettivi e individua le differenze, in punto di attribuzione degli stessi, rispetto alla persona fisica (p. 198 ss). Essenziale al riguardo la monografia di P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, 57 ss.

⁴⁴ A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 148. Anche P. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, 862, sottolinea come la capacità d’agire attiene al lato attivo della personalità consentendo al soggetto di cooperando il soggetto “alla formazione della fattispecie”



Ma l'indubbia valenza positiva della creazione del soggetto di diritto subirà di lì a poco un'involuzione ad opera della teorica dell'Ottocento la quale "ha portato il soggetto verso i lidi di un individualismo estremo"⁴⁵. E' soprattutto la Pandettistica che "si [è] dedica[ta] (...) alla costruzione di un diritto astratto (...), di un sistema senza storia"⁴⁶, acquisendo come suo "contrassegno primario un formalismo esasperato"⁴⁷.

L'astrattezza delle nozioni finiva per occultare la realtà delle cose, fornendo al giurista strumenti neutri, utili, in apparenza, per tutti i casi. Di conseguenza, la società era ridotta "a una massa anonima di cittadini formalmente tutti uguali che subiva inerte e passiva i comandi di un potere centrale"⁴⁸. Si pensi, tornando al nostro tema, alla categoria dell'incapacità, la quale, accomunando gli individui nella medesima condizione giuridica, ha ignorato - fino all'introduzione dell'amministrazione di sostegno - la dimensione costituzionale fondamentale della promozione del pieno sviluppo della personalità⁴⁹.

Questo quadro ha inevitabilmente determinato uno scollamento del diritto dalla società che diveniva sempre più complessa, ricca di diversità e di nuove istanze. Da qui il rafforzamento di quella multiforme spinta sociale e culturale che ha determinato, nel tempo, il passaggio dal soggetto astratto alla persona concreta⁵⁰. Non è possibile in questa sede ripercorrerne il lungo cammino storico⁵¹, se

non per sottolineare una volta di più che la nostra Costituzione e, da ultimo, il Trattato dell'UE hanno posto al centro dell'ordinamento la persona. La quale è valorizzata e protetta con riguardo alla sua singolarità e specificità, anche in relazione al contesto socio-economico in cui opera. Si pensi, in ambito contrattuale, alle figure del lavoratore, del consumatore, del conduttore di beni immobili e dell'investitore, destinatari, tutti, di una apposita disciplina in virtù dell'asimmetria di potere con le rispettive controparti. Il che palesa quantomeno l'esistenza di una soggettività complessa, la quale è, probabilmente, incompatibile con la creazione o la rifondazione di categorie onnicomprensive capaci di spiegare esaurientemente la complessità dei fatti.

Se si muove dal fatto che la nostra Costituzione accoglie una nuova antropologia - uomo come persona sociale che vive condizioni diverse dell'essere⁵² - si deve abbandonare non la categoria dell'incapacità, ma la pretesa che questa comprenda e regoli tutte le dimensioni della persona. Del resto, sebbene il negozio giuridico si leghi anche all'ambito non patrimoniale⁵³, la sfera dell' "avere" non si lascia governare dalle stesse regole che presiedono alla sfera dell' "essere"⁵⁴. Difatti mentre nell'ambito patrimoniale l'autonomia contrattuale è

tori. Nella direzione del recupero del particolare si muovono il solidarismo e il socialismo giuridico, l'attenzione da parte di alcuni giuristi tedeschi al diritto del lavoro, il diritto commerciale, le Costituzioni del secondo dopoguerra e la Carta di Nizza. Sul percorso storico che ha portato dal soggetto alla persona cfr. la sintesi S. RODOTÀ, *Antropologia dell' "Homo dignus"*, cit., la quale menziona anche la Magna Charta (1215) e il suo *habeas corpus*, collocata anche dal Prof. Grossi nella preistoria delle "carte dei diritti" (p. 81 *op. cit.*).

⁵² G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, Milano, 2005, rileva come dalla separazione fra "l'uomo in sé" e l'uomo nel diritto si è iniziato a distinguere l'aspetto simbolico del termine persona "dal trattamento in concreto di interessi e conflitti e l'esito di questo processo è che il termine (uomo o persona) non presuppone uno status uniforme, ma grappoli di conclusioni diverse a seconda del singolo problema che si deve risolvere". Non è un caso, solo per indicare alcuni esempi, che la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE si soffermi sul consenso informato nella medicina e nella biologia, sul diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, nonché sulle figure del minore, dell'anziano e del disabile.

⁵³ C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 106.

⁵⁴ Si pensi al consenso informato, qualificabile come "atto negoziale unilaterale pur espresso nei confronti di chi ha fornito l'informazione" e alla problematica del consenso presunto - cui ha fatto riferimento la Cass. nel caso Englaro, cfr. *infra* nota 56 - ritenuto non sufficiente, secondo un'impostazione dottrinale, a fondare un atto dispositivo del proprio corpo, cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., 102. In ambito contrattuale, sicuramente l'attenzione è concentrata sulla dimensione funzionale, sui comportamenti e sul risultato conseguito, con conseguente arricchimento dell'ambito rimediabile (cfr. G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 3, 166).

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., 12.

⁴⁶ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 168, tratta così l'operato di Savigny, del suo discepolo Puchta e di Windsheid. Il quale influenzò fortemente la redazione del BGB i cui "concetti e tecniche si ispirano al purismo rigoroso della più raffinata Pandettistica" (p. 177). Di conseguenza il destinatario di questo codice civile non è il cittadino ma il giudice.

⁴⁷ P. GROSSI, *op. loc. cit.*

⁴⁸ P. GROSSI, *op. cit.*, 220.

⁴⁹ F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, cit., 24 ss., non nega l'utilità del metodo dogmatico basato sulla "necessità logica", riconoscendo ad esso due importanti funzioni (cfr. 15). Esso però diventa pericoloso, degenerando in dogmatismo, se innesca un processo di scostamento del diritto dalla realtà, pretendendo di elaborare concetti immobili. Se la categoria giuridica si fonda su una verità, è sulla base di quest'ultima (spesso riletta) che deve risolversi un problema di diritto e non dalla "bella menzogna che riassume" e sostanzia la stessa categoria. L'A. reca due esempi dell'utilizzo distorto del dogma incentrati sui titoli di credito e sulla responsabilità della persona giuridica (p. 43-44).

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Antropologia dell' "Homo dignus"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 4, 551, reputa la persona "come la categoria che meglio permette di dare evidenza alla vita individuale e alla sua immersioni nelle relazioni sociali. Da qui, in definitiva, una nuova antropologia, espressa attraverso la costituzionalizzazione della persona".

⁵¹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 186-255, sottolinea come il movimento del "giusliberismo" abbia posto le basi per una nuova attenzione da parte dei poteri pubblici alla complessità sociale e alle nuove istanze comuni, soprattutto dei lavora-



sempre più regolata - al fine di essere salvaguardata - da una pluralità di fonti oltre la legge⁵⁵, in quello non patrimoniale l'autonomia della persona si espande.⁵⁶

⁵⁵ U. BRECCIA, voce *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, 2010, 394 ss., rileva come la complessità del sistema delle fonti abbia determinato un pluralismo delle fonti di integrazione del contratto (si pensi all'autonomia privata collettiva - cfr. art. 360 n. 3 c.p.c. - alla normativa secondaria delle autorità amministrative indipendenti, a taluni orientamenti giurisprudenziali come quello sull'anatocismo bancario e, naturalmente, al diritto contrattuale europeo, cfr. p. 411 ss.). Il filo conduttore di questo vero e proprio *mare magnum* delle fonti è il perseguimento della finalità di massima protezione "dei contraenti più esposti ai poteri dominanti" (p. 413). In questa direzione osserva P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 206, come oggi gli status sembrano rivivere, essendosi rivelata falsa l'idea ottocentesca "che ogni contratto sia una situazione unica e irripetibile". Già G. ALPA, *Status e capacità*, cit., 205-206, aveva sottolineato come l'ordinamento doveva preoccuparsi dei titolari di "status deboli" (zingari, anziani, portatori di handicap, carcerati, dementi, consumatori, risparmiatori).

Per una rilettura del principio di legalità alla luce del principio di legittimità cfr. P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 164 ss.; nello specifico, interessanti le pagine di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, sul contratto al posto della legge, 93 ss., e di SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, 175 ss., sul "diritto mutò" (spontaneo), un diritto applicato diverso dal diritto scritto autoritativo.

⁵⁶ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., 1046 ss., ha assunto una posizione decisamente critica nei confronti di Cass., 16.10.2007, n. 21748 (caso Englaro), ritenendo che dall'art. 32 Cost. non si possa ricavare il diritto di autodeterminarsi sul fine vita. Anche A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto bio-diritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1, 25-27, nega che dall'art. 32 co. 2 Cost. possa trarsi una concezione individualistica della salute che attribuisca al medico il ruolo di "indifferente esecutore". Ugualmente critico nei confronti di questa sentenza, ma sulla base di argomenti diversi da quelli addotti da Castronovo e Nicolussi, anche L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, 741 ss. Si discostano, invece, dall'interpretazione di questi autori: P. ZATTI, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, cit., 137 ss., il quale collega la salute alla libertà e all'identità personale. Il medico - è vero - non deve essere "indifferente esecutore" (l'A. parla infatti di "dimensione relazionale della capacità" e del passaggio dal consenso come atto al consenso come processo), ma deve rispettare la decisione del paziente "presente a sé medesimo [che] fa uso delle proprie risorse di intendimento e di determinazione". Di più: il medico e le persone che circondano il paziente devono "assecondare la sua presenza a sé medesimo". Quando si deve decidere sull'esistenza - continua l'A. - "il rispetto della personalità (...) esige che il minimo contributo che una persona possa dare a rendere la decisione armonica con la sua storia (...) debba essere valorizzato". Questa ricostruzione esprime il rovesciamento della prospettiva proporzionalistica (come chiarisce lo stesso A.) su cui si basa la capacità; rovesciamento che ha fondamento normativo in talune norme come quella sull'interruzione della gravidanza chiesta da una minore su cui *infra*, sulla capacità di discernimento del minore e - si aggiunga - sull'obbligo dell'amministratore di sostegno di informare il beneficiario circa gli atti da compiere (art. 410 co.

Interessa comunque rimarcare, per proseguire il discorso sull'incapacità legale, che il diritto attuale ha senz'altro recepito "una nuova visione dell'uomo nel diritto privato", del tutto distante dai modelli dei codici civili illuministici e ottocenteschi. Visione che attenta dottrina ha definito "neo-antropologia giuridica non monistica"⁵⁷.

Non v'è dubbio allora, alla luce delle considerazioni svolte, che le diverse condizioni dell'essere umano non debbano costituire impedimento a esprimere, laddove possibile, la propria pienezza di individuo, esercitando diritti e tutele⁵⁸. Realizzandosi così il principio dell' "eguaglianza nella differenza".

6. Dal "soggetto alla persona" nell'incapacità legale. Autodeterminazione nelle decisioni non patrimoniali.

Il principio personalistico che permea la nostra Costituzione e orienta l'azione dell'Unione Europea implica un rapporto inscindibile tra libertà e dignità. Rapporto che emerge dagli artt. 3, 36 co. 1, 41 co. 2 Cost. e dalla normativa del Titolo I della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE. Il quale Titolo I, nel collegare la dignità umana al necessario riconoscimento del diritto al consenso libero e informato, ha posto in luce proprio il legame tra libertà e dignità.

Quest'ultimo, secondo una recente interpretazione, implica che la costruzione dell'*homo dignus* debba essere effettuata all'interno (e non all'esterno) della persona⁵⁹. "Nell'antropologia mo-

2 c.c.). Esse attribuiscono rilevanza alla volontà dell'incapace anche se infermo di mente; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 247 ss., trae il diritto di decidere sul proprio corpo dai principi del consenso libero e informato, della dignità, libertà, uguaglianza e autonomia.

⁵⁷ U. BRECCIA, *Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 151.

⁵⁸ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., 41, nell'esaminare la Costituzione sotto il profilo del principio personalistico, afferma che "le sfaccettature dell'esistenza [indigente, capaci e meritevoli ma privi di mezzi, madre, bambino] attribuiscono rilevanza a condizioni particolari, tutte però riconducibili alla comune finalità di riconoscere alla persona nella sua pienezza, al di là di un elemento differenziale che non può trasformarsi in menomazione della stessa cittadinanza eguale".

⁵⁹ S. RODOTÀ, *Antropologia dell' "Homo dignus"*, cit, 561, con riferimento alle decisioni che può assumere la persona, pone in luce due dimensioni della dignità. La prima si riferisce alle decisioni che esauriscono gli effetti nella sfera dell'interessato, la seconda riguarda le decisioni che incidono sulla sfera giuridica altrui. Nel primo caso il diritto all'autodeterminazione deve prevalere altrimenti si finisce con l'imporre "un'antropologia alternativa ed incompatibile con tutta la filosofia moderna dei diritti dell'uomo". Questa ricostruzione riconosce conseguentemente la libertà di decidere in ordine a qualsiasi trattamento medico anche salvavita. Nel secondo caso "deve prevalere il



derna - è stato sottolineato - la dignità conduce all'autodeterminazione⁶⁰. Ora se quest'ultima è stata consacrata dalla Corte Costituzionale⁶¹, richiamata spessissimo dalla giurisprudenza di legittimità⁶² e studiata⁶³ soprattutto in campo medico, deve oramai riconoscersene l'essenzialità anche nell'ambito dell'incapacità legale.

La persona incapace ha senz'altro, nonostante la propria condizione di debolezza, diritto di autodeterminarsi nei limiti in cui essa sia in grado di esprimere una volontà libera e consapevole. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non subisce, infatti, una limitazione della capacità di agire già preconstituita nella sua estensione, come nei casi dell'interdizione e dell'inabilitazione sia pur con il temperamento di cui all'art. 427 comma 1 c.c.. L'intervento protettivo è piuttosto calibrato sulla *specifica* condizione di salute dell'interessato, con l'intento di conservare il più possibile la capacità di agire (art. 405 comma 5 nn. 3 e 4 e art. 409 comma 1 c.c.).

rispetto dell'altro, che fa emergere propriamente l'aspetto relazionale della dignità".

⁶⁰ S. RODOTÀ, *Antropologia dell' "Homo dignus"*, cit., 564, conclude, analizzando alcune norme della Cost., che la dignità abbia "[integrato] principi fondamentali già consolidati - libertà, eguaglianza, solidarietà - facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità". L'A. ritiene inoltre che il rapporto tra persona e dignità imponga una lettura unitaria dell'art. 3 Cost. in base alla quale "la stessa ricostruzione dell'uguaglianza formale non può essere condotta nell'indifferenza per la materialità della vita delle persone, per la loro intatta dignità, per i legami sociali che l'accompagnano" (p. 555). Anche G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea* cit., 34 ravvisa nel confronto con altri principi fondamentali un passaggio essenziale per chiarificare il concetto di dignità.

⁶¹ Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, 1, 1328.

⁶² Tra le pronunce più recenti e interessanti Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783 ss., con note di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; in *Persona e Mercato*, 2010, 4, 289, con nota di A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*; in *Contr. e impr.*, 2010, 2, 313 ss., con commento di A. RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*. Cfr. altresì Cass., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Guida al dir.*, 2011, 14, 42 ss., in cui si afferma che spetta anche al medico (oltre che alla struttura sanitaria) informare la gestante sui rischi connessi all'equipaggiamento non idoneo della casa di cura privata a fronteggiare particolari situazioni patologiche o devianti. Ciò vale a prescindere dal fatto che il medico sia convenzionato o meno dipendente o meno dalla casa di cura; è sufficiente che il medico abbia concluso con la paziente un contratto di assistenza al parto presso la casa di cura in cui si era stabilito che ella si sarebbe ricoverata.

⁶³ Di recente: T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.

Ma l'obiettivo di promuovere la capacità di autodeterminarsi, tratto immanente all'"essere" della persona in quanto tale, è perseguito anche con riferimento al minore di età. Emblematico è l'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE secondo il quale l'opinione espressa liberamente dal minore sulle questioni che lo riguardano "viene presa in considerazione in funzione della [sua] età e della [sua] maturità".

Certamente l'evoluzione della società e i conseguenti mutamenti normativi hanno determinato "il tramonto del soggetto quale categoria neutra e indifferenziata, collocata in un orizzonte formalistico e astratto"⁶⁴. Nel tempo presente l'ordinamento è più attento alla singola persona nelle sue specificità⁶⁵, le quali la rendono unica anche nello stato di incapacità. Ne consegue un preciso corollario: l'incapacità di agire non può esaurire, se non parzialmente, la risposta dell'ordinamento con riguardo alla capacità di autodeterminarsi del singolo incapace.

Ciò emerge non soltanto dallo "spirito" dell'amministrazione di sostegno⁶⁶, ma anche dall'istituto dell'interdizione come modificato. Neppure quest'ultimo dà più luogo necessariamente a una condizione giuridica preconstituita dalla legge, potendo il singolo interdetto essere autorizzato dal giudice, in considerazione del proprio stato di salute, a compiere da solo o con l'assistenza del tutore taluni atti di ordinaria amministrazione (art. 427 comma 1 c.c.). Così come l'inabilitato può compiere da solo, se previsto dalla sentenza, determinati atti di straordinaria amministrazione.

Anche con riferimento alla minore età, l'ordinamento giuridico non generalizza più in punto di conseguenze dell'incapacità, almeno con riferimento agli atti di natura non patrimoniale⁶⁷.

⁶⁴ R. TOMMASINI, *Il soggetto e la persona nel contratto*, in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, a cura di Tescione, Napoli, 2010, 71.

⁶⁵ P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in *Le fonti e i soggetti*, cit., 194 ss., rileva come già dal codice civile emerga la relatività della categoria del soggetto di diritti, la quale non riesce ad assorbire l'intera complessità del reale. L'A. richiama le situazioni del nascituro e della persona scomparsa di cui sia stata dichiarata l'assenza o la morte presunta. Anche la capacità giuridica è un concetto relativo come dimostra l'attribuzione di diritti a soggetti non ancora nati. V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 151, sottolinea come la nostra Costituzione abbia accolto "una immagine nuova e diversa di "individuo" interamente calato e immerso nel vissuto della sua dimensione storico-sociale oltre che nel concreto degli effettivi condizionamenti di tempo e di spazio dell'esistenza".

⁶⁶ P. CENDON, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno*, in *Diritto privato*, 2, *Persone, famiglia e successioni*, a cura di S. Mazzaresse-A. Sassi, Torino, 2009, 139 ss.

⁶⁷ P. ZATTI, *Oltre la capacità*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, 120, constata come il diritto "[scopra]

E' chiaro l'intento di recuperare le singole individualità come prescrive la Costituzione. Ciò non significa che l'identità della persona non sia una⁶⁸, ma è proprio per far emergere tale identità che il legislatore prevede nuovi congegni al fine di consentire al minore - nel caso di specie - di manifestare il proprio pensiero orientando le proprie scelte⁶⁹. Si può portare l'esempio della richiesta d'interruzione della gravidanza da parte di una minorenn⁷⁰, dove

l'inettitudine del modello della capacità legale d'agire e della sua stella gemella, la potestà e rappresentanza legale, a governare i problemi dell'autodeterminazione nelle zone in cui emerge l'implicazione diretta degli interessi personali: dal contratto di lavoro, agli atti dispositivi del proprio corpo, al consenso al trattamento medico, ai consensi familiari, agli atti di disposizione degli interessi personali, il territorio dominato dalla capacità legale si restringe gradualmente (...). Anche il concetto di incapacità di intendere e di volere, continua l'A., è inadeguato quando la persona si misura con decisioni riguardanti il corpo, la malattia, la cura o l'interruzione del trattamento. In questi casi la "capacità di intendere e di volere è idea deforme perché pone un quesito che rifiuta la complessità, e la sofferenza è complessa e non va semplificata in nome di esigenze che hanno il loro posto nel traffico dei beni, non nella gestione dei rapporti con il disagio e il dolore" (p. 128). L'A. suggerisce pertanto, nel valutare la volontà del soggetto, di guardare al processo in cui quest'ultima si è formata e non all'atto. Il diritto ("umanistico") "deve garantire e valutare le condizioni del processo, non dell'atto; deve imparare a parlare di debolezza e forza del consenso". Occorre che il diritto crei le condizioni affinché la persona fragile e sofferente possa assumere una decisione che possa dirsi giuridicamente sua. E la valutazione del processo decisionale non può essere semplificato e costretto "nell'ambito dell'uso di ragione". Altrimenti il diritto è violento. In questa linea sono significative le considerazioni riportate *supra* nella nota 48 sempre di P. ZATTI, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, cit., 131 ss.

⁶⁸ D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, cit., 551, osserva che se "le espressioni fattuali delle identità personale sono molteplici e multiformi, non bisogna tuttavia concludere che la persona abbia molte identità, inclusa quella, nuovissima, dell'identità telematica. L'identità della persona è una sola". L'A. pone l'attenzione sul problema del principio fondativo della tutela della persona. Anche F. D. BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 7 ss. (part. p. 17), si sofferma sull'identità personale come principio a sé stante, manifestazione del potere di autodeterminazione. Sul filo della nozione di persona corre il discorso affascinante di P. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 4, 379 ss.

⁶⁹ R. TOMMASINI, *Il soggetto e la persona nel contratto*, cit., 75, afferma che "il dato comune della minore età non può essere valutato come condizione sufficiente per giustificare un trattamento normativo omogeneo, una disciplina indifferenziata, a priori fondata sulla creazione di una categoria unitaria che conduce inevitabilmente all'omologazione ed all'appiattimento delle reali condizioni di vita".

⁷⁰ L'art. 12 della legge n. 194/1978 distingue, com'è noto, tre ipotesi in relazione alle quali prevede tre procedure diverse. Interessa porre in luce che l'intervento dei genitori, previsto qualora non siano decorsi novanta giorni dall'inizio della gravidanza (comma 2), è funzionale alla valutazione delle circostanze, non atteggiandosi come atto di autorità. Difatti qualora essi

emerge proprio la rilevanza della volontà della gestante nonostante l'incapacità⁷¹.

Su questa scia si pone la sentenza in commento, la quale valorizza la capacità di discernimento che, se sussiste, costringe il giudice a sentire il minore nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità.

L'obbligo di audizione è funzionale a rendere effettivo l'esercizio del diritto di crescere ed essere educato nella propria famiglia di origine ovvero di eliminare, a tutela del proprio sviluppo psico-fisico, ogni legame con la propria famiglia. Anche in materia di separazione giudiziale, l'art. 155-*sexies*, introdotto dalla legge n. 54/2006, ha collegato la necessità dell'audizione del minore alla capacità di discernimento dello stesso.

L'incapacità, dunque, non costituisce più una categoria unitaria - del resto non può esserlo se l'individuo non "acquisisce mai, in alcun momento, un definitivo preciso approdo"⁷² - cui ricondurre in

rifiuto l'assenso (o esprimano pareri difformi), la decisione finale spetta al giudice tutelare, il quale terrà conto della volontà della gestante e delle ragioni che quest'ultima adduce (nonché della relazione redatta dal personale medico).

⁷¹ F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 154 ss. (spec. 164), sottolinea come l'incapacità della donna giustificata e specifici - rispetto alla donna capace - il controllo sulla scelta di sacrificare l'interesse del concepito Com'è noto nei primi novanta giorni e in assenza di ragioni di urgenza, il giudice tutelare deve tenere conto dell'autodeterminazione della gestante anche se diversa da quella dei genitori o del tutore. Secondo l'Autrice l'incapacità, quindi, si atteggia diversamente in ragione dell'interesse tutelato, dimostrando così una certa elasticità. Mentre in materia contrattuale l'atto è sempre annullabile, quando viene in rilievo un ambito patrimoniale il legislatore atteggia diversamente l'incapacità. In quest'ottica la positiva diversificazione degli strumenti di tutela non implica - sempre secondo l'A. - almeno quanto al minore di età, un *vulnus* né tanto più un superamento della categoria dell'incapacità legale. "L'incapacità legale di agire, non più dogma di uniforme spessore né indifferenziato strumento di tutela, appare, al momento attuale della sua evoluzione, la formula riassuntiva di uno spettro di possibili situazioni del soggetto di fronte all'attività giuridicamente rilevante". L'incapacità, continua l'A., identifica situazioni unificate dall'esigenza di proteggere un soggetto reputato "debole" dall'ordinamento. Questa unificazione non si realizza, come in passato, "attraverso un'unica forma di tutela del minore incapace in ogni settore dell'attività giuridica", ma attraverso l'adattamento di strumenti alla "diversità degli atti che il diritto privato comprende e regola" (p. 188).

⁷² P. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, cit., 383, ha osservato appunto che "ciascun individuo non acquisisce mai, in alcun momento, un definitivo preciso approdo, con caratteri psico-psichici duraturi, ma è sempre in divenire, dal concepimento alla morte, naturalmente con accentuazioni e ristagni, con fasi di maggiore evoluzione e periodi di tendenziale stasi, però subendo costantemente l'impatto del contesto in cui si inseriscono le singole esperienze che segnano il suo percorso (...)". Ancora, continua l'A., non si può "davvero pensare che sussista una sorta di "signum" o di "marchio", tale da garantire una "essenza", un unico costante "carattere", una tipicità, per

modo indifferenziato la minore età, l'interdizione e l'inabilitazione. L'ordinamento si occupa, infatti, non già soltanto del minore, dell'interdetto e dell'inabilitato in generale, ma soprattutto di quel minore, di quell'interdetto e di quell'inabilitato, con conseguente diversità da caso a caso del tipo di protezione occorrente.

Se il soggetto debole va difeso nella sua complessità e singolarità, essendo la persona “entità multipla e plurale”⁷³ e perciò stesso unica, irripetibile e diversa da tutte le altre, l'incapacità, per essere una categoria ancora utile nel dettare regole adeguate e corrispondenti al reale, deve scendere dall'astrattezza e misurarsi con la persona concreta. Il che può avvenire solo attraverso la sua relativizzazione⁷⁴ mediante nuove tecniche giuridiche come quella qui esaminata, posta con riguardo al minore, della capacità di discernimento. La cui rilevanza va evidentemente soprattutto nel segno della promozione della persona concreta, preminente obiettivo del nostro diritto, presente e futuro.

tutto il corso della vita di ciascuno, del suo pensiero e delle sue azioni”.

⁷³ V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell'Unione europea*, cit., 151.

⁷⁴ C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., 100, richiamando talune normative, rivaluta la categoria del negozio giuridico. Quest'ultima, egli afferma - “come categoria messa in questione per essere espressione di una generalizzazione che si rivelerebbe incapace di autentico significato, è stata contestata pretendendosi che fosse ciò che non era e non intendeva essere: una categoria identicamente espressiva delle caratteristiche di ciascuna delle figure che invece all'interno di essa necessariamente si differenziano articolandosi di conserva alla realtà materiale. Né l'ordinamento ha cessato di far rilevare il diverso coefficiente di autonomia privata che caratterizza singoli aspetti del paesaggio di diritto privato”. L'A. menziona talune figure - art. 256 c.c. art. 6 l. n. 40/2004 - ricostruendole in termini di negozialità sul presupposto che il negozio è “volontà dell'atto e volontà degli effetti” (e rimane tale anche quando il suo contenuto è predeterminato dalla legge). Del resto, sottolinea U. BRECCIA, *Persona, contratti, responsabilità*, cit., 151, come “il diritto dei nostri giorni ambisc[a] a rappresentare razionalità multiple, senza mai soffocare del tutto il carattere inatteso, discontinuo nel tempo, non omologabile all'uniformità delle categorie consuete” (corsivo mio).

PRESTAZIONI D'OPERA INTELLETTUALE E REGOLE DELLA CONCORRENZA

Di Vincenzo Putortì

Professore associato di Diritto privato dell'Università di Firenze

Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza
(Vincenzo Putortì)

SOMMARIO: 1. I termini del problema - 2. Le prestazioni protette. Profili qualificativi dell'attività di consulenza - 3. Prestazioni intellettuali e attività d'impresa: la normativa di origine interna - 4. Le indicazioni di fonte comunitaria: la normativa sui servizi - 5. I recenti orientamenti della Corte di Giustizia in tema di tariffe professionali e di comunicazioni pubblicitarie - 6. L'esercizio in forma societaria delle prestazioni intellettuali - 7. Considerazioni conclusive

1. I termini del problema

Particolarmente vivo, negli ultimi tempi, si presenta il dibattito sul ruolo che le prestazioni d'opera intellettuale rivestono nell'ambito del più ampio contesto dei servizi e, in generale, delle attività economico-imprenditoriali¹. Ciò soprattutto alla luce dei recenti interventi normativi e degli orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari che pongono problemi di particolare complessità sia nell'esperienza nazionale che in quella di molti altri ordinamenti giuridici europei².

¹ Il rapporto del Commissario europeo Mario Monti su una "Nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea" e il "Programma di Stoccolma", consultabili al sito www.europa.eu, indicano il settore dei servizi professionali tra quelli nei quali il mercato unico, senza sacrificare le culture e le tradizioni nazionali, deve estendere il suo raggio d'azione.

² Cfr. G. ALPA, *La disciplina comunitaria e la natura delle norme deontologiche*, in *Rass. Forense*, 2006, pag. 1 ss., che

Il legislatore del '42, sulla scia dei mutati riferimenti culturali, sociali e giuridici che hanno interessato le attività intellettuali nel secolo scorso³, ha

sottolinea come le professioni intellettuali, considerate tradizionalmente espressione del lavoro indipendente, siano oggi sempre più informate a criteri mercantilistici, assimilate ai servizi, sottoposte alle regole della concorrenza, e condizionino la stessa disciplina dei rapporti tra professionista e cliente.

³ Sotto la vigenza del codice civile del 1865 si discuteva se le prestazioni professionali fossero sottratte alla disciplina contrattuale, oppure rientrassero nell'ambito del mandato, quale negozio presuntivamente gratuito ex art. 1739 c.c. (sul rapporto tra mandato e opera intellettuale, vedi F. ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milano, 1988, p. 25 ss). In particolare, sulla scia della dottrina francese (cfr. H.L. MAZEAUD- J MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, V, Paris 1980, p. 746), che si richiamava al diritto romano e al diritto comune (Cfr DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963, p. 63 ss) si tendeva ad escludere la riconducibilità delle opere liberali allo schema della locazione, in quanto quest'ultimo era un contratto a titolo oneroso, frutto del materialismo e dell'industrialismo, che mal si conciliava con la dignità e onorabilità delle attività intellettuali (A.PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e pro-*



collocato queste ultime nell'ambito del lavoro autonomo, destinando per l'esercizio delle stesse il contratto d'opera intellettuale. In tal modo, da un lato, ha codificato la contrattualità e l'onerosità di siffatte prestazioni, differenziandole dalle originarie *operae liberales*⁴; dall'altro ha dettato specifiche norme tese a sottrarre dette attività alla normativa di diritto comune⁵. Mutamento, questo, che è divenuto sempre più significativo, viste le recenti tendenze normative interne e comunitarie che, andando oltre la predetta omologazione e introducendo indubbi elementi di novità, sembrano aver spinto le professioni intellettuali nel più ampio contesto dei servizi professionali, sottoponendole alle regole della libera concorrenza.

Basta pensare che in sede di ricognizione dei principi fondamentali vigenti in tema di professioni intellettuali, l'esercizio dell'attività professionale è ritenuto "espressione del principio della libertà di iniziativa economica"⁶ che deve svolgersi "nel ri-

fessioni intellettuali, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni t.1, Milano, 2002, p. 49 ss).

⁴ Cfr G. MUSOLINO, *La prestazione d'opera intellettuale tra istanze pubblicistiche e tutela del consumatore*, in *Riv. notar.* 1997, II, p. 761, che ripercorre i passaggi della graduale e progressiva commercializzazione delle attività intellettuali, le quali, sebbene inizialmente caratterizzate da un'originaria liberalità, sono state, prima *de facto*, e poi *de iure*, equiparate alle prestazioni dei lavoratori autonomi, in modo che fosse garantito al professionista una remunerazione per l'attività svolta.

⁵ F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1997, p. 3 e pp 18-19 mette in risalto come possano trovarsi ad operare nel medesimo "mercato" e ad offrire le medesime prestazioni (es. attività legali stragiudiziali, attività di consulenza aziendale o contabile) soggetti che essendo iscritti agli Albi professionali sono vincolati al rispetto di tariffe minime e soggetti che, non essendo iscritti, possono competere con i primi richiedendo ai clienti un compenso minore.

⁶ A differenza da quanto previsto nella Carta di Nizza - inserita nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 - che distingue la libertà professionale (art. 15) dalla libertà di impresa (art. 16), l'art. 2 del D. lg. 2 febbraio 2006 n° 30 inquadra la libertà professionale nel principio di libertà di iniziativa economica e non nell'ambito del lavoro. Il predetto decreto, recante norme sulla "Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni", contiene inoltre una serie di criteri che valgono come cornice per le leggi regionali. Esso, in particolare, individua i principi fondamentali in materia di professioni nella libertà professionale, nella regola di non discriminazione (per ragioni sessuali, razziali, religiose politiche o derivanti da condizioni personali o sociali), in quella di autonomia, da osservarsi anche nel caso di lavoro professionale dipendente, nella distinzione tra attività regolamentate o tipiche e altre attività (art. 2), nella tutela della concorrenza e del mercato, temperata dalle deroghe consentite dal diritto comunitario della riserva di attività professionale, delle tariffe, dei corrispettivi professionali e della pubblicità professionale (art.3), nelle regole di accesso alle professioni (art. 4) ed in quelle che disciplinano l'esercizio dell'attività professionale (buona fede, affidamento del pubblico e della clientela, correttezza, tutela degli interessi pubblici, ampliamento e specializzazione dell'offerta di servizi, autonomia e responsabilità del professionista) (art. 5). Sul tema vedi

spetto della disciplina statale della concorrenza, ivi compresa quella delle deroghe consentite dal diritto comunitario [...] della riserva di attività professionale, delle tariffe, e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale"⁷. Principio che è stato ribadito nella normativa di attuazione della Direttiva comunitaria sui servizi, dove si conferma l'assimilazione dell'attività intellettuale ai servizi professionali e si sottolinea l'esigenza "di garantire la libertà di concorrenza ed un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai servizi per i consumatori finali"⁸.

Si pone così, in tutta la sua attualità, un tema che appare suscettibile di produttivi sviluppi, dal momento che, a tutt'oggi, non sembrano prospettarsi soluzioni univoche e consolidate. L'ampliamento dei mercati e la creazione di condizioni di correlazioni di fatto idonee ad abbattere le barriere che ostacolano la rapida diffusione del pensiero e della conoscenza ha profondamente inciso sul quadro economico-giuridico di riferimento, accrescendo le incertezze e i dubbi sulla struttura e sulle modalità di esercizio delle predette prestazioni. La c.d. rivoluzione informatica, attraverso il collegamento in rete mediale delle conoscenze e dei saperi complessi, ha non solo determinato una trasformazione della figura del prestatore d'opera intellettuale, correlandola alle esigenze di un'accresciuta specializzazione, ma ha reso altresì più pressante il bisogno di creare strutture organizzative efficaci ed efficienti, caratterizzate dall'apporto di specifiche e complesse competenze,

G. ALPA, *Con i nuovi principi sulle professioni meno spazi ai conflitti tra Stato e Regioni*, in *Guida dir.* 2006, n°13 p. 12.

⁷ Il riferimento è agli artt.2 e 3 d. leg. 2 febbraio 2006 n° 30, all'art. 24 della l. 266/1997 e all'art. 2 L. 4 agosto 2006 n° 248 che ha convertito il d.l. 4 luglio 2006 n°233.

⁸ Cfr. il d. lg. 26 marzo 2010 n°59 che ha attuato la Direttiva 123/2006 (ex direttiva Bolkestein) tesa a realizzare un mercato comune dei servizi all'interno dell'Unione Europea. Entrambe le normative, oltre a regolare le condizioni di ammissibilità delle comunicazioni commerciali e delle attività multidisciplinari, la responsabilità professionale e gli adempimenti amministrativi, disciplinano la libera prestazione di servizi in regime occasionale e l'esercizio di attività professionale in regime di stabilimento, facendo salve le disposizioni contenute nella Direttiva n° 36/2005, attuata con il d. lg. 206/2007, in tema di professioni regolamentate. In particolare, l'art. 1 del decreto 59/2010, nel far salve le attività espressamente previste dagli art. 3 e 7, sancisce che la normativa in esso contenuta si applica "a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione a carattere intellettuale", al fine di "garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato". Mentre l'art. 10 stabilisce che "l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie".

adattabili alle diverse situazioni in cui ha luogo lo svolgimento dell'attività.

In particolare, l'espansione della domanda di nuove prestazioni professionali ha comportato un progressivo ampliamento delle conoscenze richieste per poter offrire risposte adeguate alle nuove e concrete istanze che provengono dalla recente realtà socio-economica e, nel contempo, ha generato un diverso approccio metodologico-organizzativo da parte dei professionisti, vista la necessità di individuare, in tempi rapidi, soluzioni articolate, spesso basate su saperi complessi e specialistici. Di qui l'abolizione del divieto di costituzione di società multidisciplinari⁹ e le più recenti posizioni della giurisprudenza che sottolineano come la mutata realtà esiga nuove forme di collaborazione tra operatori economici e professionali da attuarsi tramite "interventi interdisciplinari e specifiche forme collaborazione di dimensioni sempre più vaste", in modo da poter soddisfare "le esigenze organizzative imposte dai nuovi mercati"¹⁰.

Si comprende in tal modo perché l'attività intellettuale sia oggi divenuta la *species* più avanzata del *genus* lavoro autonomo e ponga agli interpreti l'esigenza di una più attenta e rinnovata considerazione¹¹, anche per la crescente e rapida diversificazione delle prestazioni professionali che ha determinato una forte attenuazione dei loro tratti caratterizzanti, quali la prevalenza dell'elemento personale e fiduciario, la natura ideativa e creativa dell'opera ed il carattere etico e morale connesso alla funzione sociale della professione¹².

In realtà, se è indubbio che carattere ineliminabile dell'attività intellettuale continui ad essere il suo

contenuto ideativo e inventivo, tendendo essa alla individuazione della "soluzione di un problema mediante l'applicazione di un sapere"¹³, è però evidente che oggi, accanto alle professioni non ancora regolamentate o riconosciute, che hanno un indubbio carattere intellettuale¹⁴, ve ne sono altre, c.d. protette, che sono affatto prive della predetta natura ideativa o inventiva. Tant'è vero che, da tempo, si tende ad escludere dal novero delle attività intellettuali le prestazioni che, eseguite da soggetti iscritti ad un Albo o elenco, si fondano su conoscenze "economico-pratiche", hanno un contenuto prevalentemente imprenditoriale e sono finalizzate ad organizzare i fattori della produzione, senza richiedere "l'applicazione concreta di cognizioni tecniche e scientifiche"¹⁵.

Conseguentemente, se la natura intellettuale dell'attività rappresenta ancor oggi il fattore identificativo di una peculiare categoria di prestazioni, è altresì vero che essa, di per sé, non vale ad individuare, in maniera compiuta, la disciplina applicabile ad una determinata professione. Nel nostro sistema, infatti, il regime normativo previsto per le prestazioni intellettuali non è unitario, ma tende a diversificarsi e modellarsi sulla base della pluralità degli interessi implicati dalla natura e dalla funzione rivestita dalla professione. Interessi che sono plurimi e storicamente determinati, di guisa che il loro mutare sottende, in primo luogo, l'inevitabile esigenza di un costante adeguamento della legislazione alle ragioni che giustificano l'esercizio, in via esclusiva o plurima, dell'attività.

E' in questo quadro che si delinea l'importanza della distinzione tra professioni riservate e professioni non riservate, la quale, lungi dal costituire un mero riflesso della dicotomia attività professionale - attività d'impresa, assume, per contro, un autonomo e significativo rilievo sia nell'ordinamento interno che in ambito comunitario. E' ad essa - si vedrà - che si ricollegano i principali limiti all'operatività delle regole concorrenziali, ripetutamente denun-

⁹ L'art. 24 della l. 266/1997 e l'art. 2 del d. lg. 4 luglio 2006 n° 223 lett. c) hanno espressamente abolito il divieto "di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti[...]". Cfr. P. SCHLESINGER, *Abolito il divieto dell'esercizio in forma societaria di attività professionali*, in *Corr. giur.*, 1997, p.1369.

¹⁰ T.A.R. Lazio, 28 marzo 2002 n° 4734.

¹¹ Sin dai lavori preparatori, la prestazione d'opera nell'esercizio di professioni intellettuali ha rappresentato il punto centrale nell'ambito del lavoro non subordinato, anche se poi è stata collocata quale *species* del tipo generale lavoro autonomo (F. SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IIV, Torino, 1987, p. 23 ss). Il che non ha impedito al contratto d'opera professionale di divenire la forma più moderna dell'attività produttiva svolta in modo autonomo, vista la rilevanza assunta dai servizi (M. MAGNANI, *Della riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in *Rass. giur. san.*, 2009, p. 304, fasc.303-304, p. 7).

¹² Tradizionalmente, infatti, le professioni intellettuali sono state distinte dalle attività imprenditoriali proprio per la particolare considerazione sociale che le contraddistingueva e che si è tradotta, sul piano normativo, in uno statuto professionale dell'attività diverso da quello dell'imprenditore commerciale. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto commerciale*, Torino, 2007, I, p. 40

¹³ N. IRTI, *Gli errori dell'Antitrust sulle libere professioni*, in *Italia oggi* del 14 ottobre 1007, p. 27

¹⁴ Emblematico è il caso dei grafologi le cui conoscenze scientifiche, secondo i più recenti contributi, sono in grado di determinare non solo il carattere e le condizioni psichiche e morali di una persona, le sue capacità relazionali, le sue attitudini reali e potenziali, ma anche alcune patologie neurologiche e cardiovascolari. Cfr. *Grafologia: la parola ai medici*, in *Scienze umane e grafologia*, 14,2004; 21-22, 2005. L. TORBIDONI, *Grafologia, testo teorico-pratico*, Brescia, La Scuola, 2001

¹⁵ Si pensi, ad esempio, all'attività degli agenti o rappresentanti di commercio, per i quali si è sollevata questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 3,4, e 41 Cost., (Corte Cost. 25 marzo 1976, n°59 in *Foro it.* 1976, I, p. 982, con nota critica di A. PIZZORUSSO), oppure agli amministratori di società (cfr. Cass. 11 aprile 1983 n.2542, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 176, che ha escluso il carattere intellettuale della prestazione).



ciati dalla Corte di Giustizia e dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Non solo, ma è proprio a tale distinzione che si riconduce il superamento del modello tradizionale incentrato sull'indissolubilità del rapporto prestazione professionale- contratto d'opera intellettuale, essendosi dimostrato come le attività intellettuali non riservate possano costituire oggetto di schemi contrattuali differenti - quali, ad esempio, il lavoro gestorio¹⁶ - ed essere esercitate utilizzando tipologie organizzative di natura associativa diverse rispetto a quelle previste per le attività protette.

2. Le prestazioni protette. Profili qualificativi dell'attività di consulenza.

L'indice normativo sul quale generalmente si fonda la distinzione tra attività intellettuali libere e prestazioni professionali c.d. protette o riservate, è costituito dalle norme poste dagli artt. 2229 ss c.c., che, da un lato, dettano una peculiare disciplina in ordine all'accesso e all'esercizio dell'attività professionale, interdicensi lo svolgimento della stessa a coloro che sono privi di una specifica abilitazione e non sono iscritti ad un Albo (o sono stati espulsi)¹⁷; dall'altro, sanciscono il carattere rigorosamente personale della prestazione con tutte le restrizioni che da ciò derivano anche in tema di esercizio associato della professione¹⁸.

¹⁶ F. GALGANO, *L'impresa. Le società*, in *Tratt. dir. civ. comm.* vol. III, t.1., Bologna, 2006, pp. 16- 17 rileva come gli esercenti professionisti intellettuali non protette "possano ritenersi liberi di adottare schemi contrattuali [...] di scegliere le forme giuridiche del contratto di appalto (art. 1665), svincolate tanto dal principio dell'esecuzione personale della prestazione, quanto quello della determinazione autoritativa del corrispettivo"

¹⁷ Corte Cost. 21 luglio 1995 n°345 in *Giust. civ.*, 1995,I, p.289 e, risalendo nel tempo, Corte Cost. 22 gennaio 1976 n.59, in *Giur. comm.* 1976 II, p., 143, con nota di F. SANTONASTASO, *Società tra professionisti e società di progettazione industriale* che ha individuato gli indici delle prestazioni protette nell'obbligo di iscrizione in un Albo o elenco sulla base di titoli abilitativi o autorizzativi, ovvero di altri requisiti accertati da Ordini, Collegi o Associazioni sotto la vigilanza dello Stato.

¹⁸ Sul tema vedi: Corte Cost. 21 giugno 1999 n° 5, in *Giust.civ.*, 1999, I, p. 636, che ha chiarito come l'esame di Stato, diretto a verificare l'idoneità tecnica di chi, avendo i requisiti richiesti, intenda accedere alla professione ottenendo l'iscrizione nell'apposito Albo, sia obbligatorio, salvo i casi in cui vi sia stata "una verifica di idoneità tecnica e sussistano apprezzabili ragioni che giustificano l'eccezione. Si noti peraltro che l'individuazione delle figure professionali e l'istituzione di nuovi o diversi Albi per l'esercizio di attività intellettuali sono ancora oggi riservate esclusivamente allo Stato nell'esercizio della propria competenza concorrente, ai sensi dell'art. 117 III° comma Cost. Si è rilevato (Corte Cost. 20 giugno 2008 n°222, in *Foro amm.*, CDS, 2008, 6, p.1693) infatti che, ai sensi di tale norma, "competere sempre allo Stato, come espressione della propria competenza concorrente, il settore in cui si esplica una determinata professione e la determinazione dei principi fon-

La predetta normativa, unitamente alle previsioni contenute nelle leggi che determinano le competenze professionali, pur delineando i caratteri delle prestazioni riservate, non sempre consentono, però, di individuare le ragioni giustificative della protezione. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, occorre che tali disposizioni siano valutate alla luce dei principi "di concorrenza parziale e interdisciplinarietà", che si pongono alla base del nostro sistema proprio per "l'accresciuta e sempre maggiore complessità degli interessi sottesi all'esercizio delle attività professionali", alla cui tutela deve intendersi esclusivamente "diretto e subordinato l'accertamento e il riconoscimento nel sistema degli ordinamenti di categoria della professionalità specifica di cui all'art. 33 V comma Cost."¹⁹.

Principio, questo, che poggia su una valutazione funzionalmente preordinata a selezionare gli interessi pubblici sottesi al concreto svolgimento dell'attività intellettuale, in modo da far sì che l'esercizio in via riservata di una determinata prestazione sia circoscritto alle sole ipotesi nelle quali si richiede "un livello di preparazione e di conoscenza particolarmente elevato", poiché l'attività "incide direttamente su principi e valori costituzionalmente protetti"²⁰. Per tale ragione, i più recenti testi normativi stabiliscono che le deroghe consentite dal diritto comunitario al principio della libera concorrenza devono essere legate a "motivi imperativi di interesse generale o ad interessi pubblici"²¹,

damentali della relativa disciplina", dal momento che detta competenza "è ispirata all'esigenza di dare alle varie discipline uniformità sul piano nazionale". Mentre la competenza legislativa regionale può esercitarsi solo in via additiva e di sostegno alle professioni individuate e definite dalla legge statale e mai in senso modificativo o integrativo.

¹⁹ Corte Cost. 26 ottobre 2000, n°441, in *Giur. it.*, 2001,I, p. 437; Cons. Stato, sez.II, parere 448/2001 hanno evidenziato come la norma di cui all'art. 33 Cost. richieda che l'esercizio di attività rivolte al pubblico avvenga in base a conoscenze sufficientemente approfondite ed a un correlato sistema di controlli di tali conoscenze per tutelare l'affidamento della collettività in ordine alle capacità di professionisti le cui prestazioni "incidono in modo particolare su valori fondamentali della persona. Così come avviene, ad esempio, per l'attività medica che incide sul diritto alla salute e sull'integrità psico-fisica delle persone, per la professione forense che coinvolge il diritto di difesa dei cittadini e per le attività degli ingegneri, geologi, architetti che hanno diretto riguardo alla sicurezza delle persone, al dissesto territoriale e ai pericoli sismici.

²⁰ Cfr. l'art. 3 1° comma l. 2 febbraio 2006 n° 30; l'art. 21. 4 agosto 2006 n° 248, che ha convertito il d.l. 4 luglio 2006 n°233 (c.d. decreto Bersani) ed il d. lg 26 marzo 2010 n°59, che ha attuato la Direttiva comunitaria 123/2006 sui servizi.

²¹ L'art. 3 del d lg 2 febbraio 2006 n°30, dettato in tema di "Riconoscimento dei principi fondamentali in tema di professioni", nell'enunciare tra i principi fondamentali la "tutela della concorrenza e del mercato", dispone che le previsioni in esso contenute vanno coniugate con le deroghe consentite dal diritto

che non solo attribuiscono rilievo alla specificità delle singole professioni, ma valgono altresì a temperare il principio di tutela della concorrenza e del mercato²².

La "riserva", quindi, deve essere diretta a salvaguardare non già gli interessi corporativi degli Ordini, dei Collegi professionali, o degli esponenti degli stessi bensì quelli di natura pubblicistica e dei privati cittadini tesi ad ottenere prestazioni professionali corrispondenti a determinati *standards* qualitativi. Di qui l'interpretazione delle sfere di competenza professionale tracciate in chiave non di "generale esclusività monopolistica", ma di eccezionalità rispetto ai principi del libero esercizio della professione²³. Non solo, ma la giurisprudenza di legittimità nel ribadire che la riserva prevista per determinate attività intellettuali non può che riguardare le sole prestazioni espressamente menzionate dalla legge professionale, ha precisato che tutte le altre attività sono "liberamente eseguibili in virtù del principio di libertà di impresa di servizi"²⁴. Così inquadrando l'attività professionale nell'ambito della libertà di iniziativa economica, in linea con quanto previsto nei più recenti testi normativi comunitari²⁵.

E' questa una conclusione la cui portata - si vedrà - deve essere però attentamente valutata, poiché,

comunitario a tutela di interessi pubblici costituzionalmente garantiti o per ragioni imperative di interesse generale, e dalla "riserva di attività professionale delle tariffe e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale".

²² Si è di recente osservato (G. VETTORI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. Concorrenza e regolazione*, in *Pers. Merc.*, 2010 p. 195) come il principio del libero mercato, oggi, non possa più essere inteso in contrapposizione allo Stato, ma vada contestualizzato nell'ambito dell'attuale ordinamento giuridico, poiché "l'alternativa non è più fra Stato e mercato, ma all'interno dello Stato, fra protezione sociale e mercato che non è certo forza spontanea, ma motore di sviluppo da regolare".

²³ Corte Cost. 21 luglio 1996 n.418, in *Foro amm.*, 1997, 1342 con nota di E. CARDILLO, *La Corte Costituzionale sulle competenze dei dottori commercialisti*; Corte Cost. 21 luglio 1995 n°345 cit.

²⁴ Cfr. Cass. 11 giugno 2010 n°14085, in *De iure*, che ha sottolineato come le attività intellettuali per le quali la legge non richiede espressamente l'iscrizione ad un Albo o una specifica abilitazione, possano essere svolte da chiunque, non potendosi comprimere gli spazi di libertà di espressione di lavoro autonomo e di libertà di impresa". Cfr. Corte Cost. 29 ottobre 2009 n°271, in *De iure*, che, nel precisare i limiti della competenza concorrente tra stato e Regioni, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., ha affermato che rientrano nella esclusiva competenza statale le deroghe al principio della libera concorrenza che il legislatore intende apportare in materia di libere professioni".

²⁵ Gli artt.2 e 3 d leg. 2 febbraio 2006 n° 30 e l'art. 2 L. 4 agosto 2006 n° 248 che ha convertito il d.l. 4 luglio 2006 n°233 (c.d. decreto Bersani) e il d. lg. 26 marzo 2010 n°59, che attuato la Direttiva 123/2006, inquadrano infatti la libertà professionale nel principio di libertà di iniziativa economica.

in questo settore, non si può procedere attraverso astratte e assolute generalizzazioni tese ad inquadrare tutte le prestazioni intellettuali nell'ambito dell'attività di impresa. Come si avrà modo di precisare in seguito, si tratta di un tema complesso e articolato che si prospetta in modo non affatto omogeneo, visto che ogni professione ha una propria specificità che giustifica una peculiare disciplina²⁶. Ne segue che, se per i gruppi professionali che operano nel mercato come vere e proprie categorie imprenditoriali, ispirandosi a logiche tipicamente mercantili, non vi sono motivi ostativi ai fini dell'applicazione delle regole della libera concorrenza²⁷, per molte altre prestazioni, invece, data la loro complessità tecnico scientifica e l'alta rilevanza degli interessi coinvolti, si rende necessaria la previsione di apposite regole, e dunque la fissazione di un sistema di deroghe ai principi del libero mercato qual è quello ancora oggi contenuto in molti testi comunitari e di diritto interno.

In realtà, si è da tempo chiarito che l'indicazione delle attività protette contenuta nelle leggi professionali non ha natura esemplificativa e aperta, ma è tipica ed eccezionale, di guisa che possono includersi tra le prestazioni riservate solo quelle espressamente contemplate dalle leggi professionali. Si spiega così, da un lato, perché tali previsioni si pongano quali deroghe ai principi di libertà di lavoro autonomo e della libera concorrenza; dall'altro perché, ad esempio, l'unica attività attualmente riservata agli Avvocati sia quella "di rappresentanza, assistenza e difesa delle parti in giudizio, e comunque di diretta collaborazione con il giudice

²⁶ Si è osservato (G. ALPA, *Relazione inaugurale dell'anno giudiziario presso il Consiglio nazionale Forense*, in *Rass. for.* 2008,I, p. 16 e p. 21) che l'equiparazione tra attività professionale e attività d'impresa "non può significare uniformità di disciplina, pena la scomparsa dell'attività professionale in sé e per sé considerata". L'A. rileva come l'attività forense, ad esempio, si distingua da altre professioni intellettuali per essere correlata al diritto di difesa - che presuppone una relazione di fiducia assai stretta tra professionista e cliente tale da giustificare il principio del segreto professionale- e per essere sottoposta a regole deontologiche rigorose la cui osservanza è rimessa in prima istanza al Consiglio disciplinare dell'Ordine, che può anche radiare dall'Albo il professionista.

²⁷ Il riferimento è soprattutto agli agenti e rappresentanti di commercio, che sono considerati imprenditori ausiliari ex art. 2195 c.c (Cass. 22 dicembre 1978 n.6151; Cass. 20 aprile 1993 n. 4651), ai mediatori (Cass. 9 marzo 1984 n.1637), ai mediatori marittimi e ai raccomandatari marittimi, che sono qualificati imprenditori dallo stesso legislatore, ai mediatori di assicurazione, agli agenti di assicurazione (Cass. 22 aprile 1991 n. 4334) e agli spedizionieri doganali là dove la loro attività si inserisca quale componente di una più vasta attività svolta nell'ambito di un'organizzazione di tipo imprenditoriale, diretta all'acquisizione ed esecuzione di contratti di spedizione (Cass. 17 giugno 1982 n.3679).





nell'ambito del processo²⁸. Mentre possono essere svolte anche da soggetti non appartenenti all'Ordine, privi di una specifica abilitazione, le prestazioni riguardanti l'accertamento e la difesa dei diritti in ambito extraprocessuale, quali l'assistenza e la consulenza²⁹, la predisposizione di atti preparatori all'attività giudiziale e la rappresentanza e assistenza nella conciliazione stragiudiziale³⁰. Ciò in virtù dei ricordati principi di libertà di lavoro autonomo e di libertà di impresa di servizi che consentono ad ogni persona di svolgere tutte le attività non espressamente riservate agli appartenenti ad una determinata categoria professionale, comprese quelle "normalmente esercitate da professionisti iscritti agli Albi e per le quali nella tariffa è menzionata un'apposita voce che indica il compenso"³¹.

Così, pure, particolarmente vasto risulta il campo delle prestazioni liberamente esercitabili da coloro che operano nel settore tributario, commerciale, economico e finanziario. Basti pensare, ad esempio, alle ampie competenze dei ragionieri, dei periti commerciali e dei dottori commercialisti, che possono assistere e rappresentare i contribuenti presso gli uffici finanziari, nonché redigere contratti e sta-

tuti di società, essere nominati arbitri e rappresentare e difendere le parti dinanzi ai Collegi arbitrali³².

Inoltre, se si eccettua il ristretto ambito delle attività il cui esercizio richiede comunque l'iscrizione ad un Albo³³, ancor più numerose sono le prestazioni che, in detti settori, possono essere svolte da soggetti privi di una formale e specifica abilitazione³⁴. Emblematiche sono le ipotesi relative alla contestazione stragiudiziale degli avvisi di pagamento per le imposte dirette e indirette, alle transazioni e negoziazioni bancarie, alla tenuta della contabilità fiscale, dei libri sociali, alla elaborazione dei dati contabili mediante apparecchiature elettroniche, alla progettazione e programmazione degli investimenti rientranti nel credito d'imposta, alla redazione delle bozze dei bilanci di previsione, alla consulenza aziendale e tributaria e così via³⁵. Attività, queste, che possono tutte essere svolte sia in via individuale che in forma societaria anche da soggetti non appartenenti ad alcun Ordine professionale³⁶.

Più precisamente, per quanto riguarda il delicato e controverso tema dell'attività di consulenza resa in materia legale, tributaria, aziendale e societaria è dato rilevare come essa – pur non senza obiezioni – sia oggi qualificata come un'attività "libera"³⁷. Ciò

²⁸ Cass. 11 giugno 2010 n°14085 cit.; Cass. Sez.un. 3 dicembre 2008 n°28658, in *Dir. giust.*, 2008, p.1175; Cass. 30 maggio 2006 n° 12840, in *De iure*; Cass. 8 agosto, 1997 n°7359, *ivi*; Cass. 7 luglio 1987 5906, in *Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 338, con nota di F. CHINDEMI, *In tema di consulenza legale extra-giudiziale*.

²⁹ In questo senso, vedi le sentenze citate alla nota precedente. Assolutamente minoritaria, per contro, è la decisione della Suprema Corte 18 aprile 2007 n° 9237, in *Foro it.*, 2007, I, 2401, che ha considerato come attività protetta, ex art. 2 legge n°1815 del 1939, la prestazione di assistenza legale. Tale pronuncia, secondo quanto affermano le Sezioni unite (Cass. Sez.un. 3 dicembre 2008 n°28658 cit.) contiene "solo un'enunciazione generica ed apodittica d'adesione al principio affermato [...] non forma oggetto di massima ufficiale" ed è stata ampiamente criticata dalla "stessa qualificata rivista [il Foro it.] che l'ha pubblicata e annotata".

³⁰ Cass. 7 luglio 1987 n° 5906, cit.; Cass. 28 maggio 1976 n°1929, in *Mass. Foro it.*, 1976, che ha osservato come l'attività del c.d. "comparsista", che non presuppone un rapporto con le parti e si traduce nella compilazione di scritti difensivi senza l'accesso agli uffici giudiziari o amministrativi, non rientra tra le prestazioni forensi spettanti all'Avvocato soggette alla disciplina di cui all'art. 2231 c.c.

³¹ Sul punto vedi Cass. 11 giugno 2010 n°14085 cit.; Cass. 7 luglio 1999 n°7023, in *De iure*, che hanno precisato come le tariffe professionali possano costituire un indubbio ausilio per contribuire a precisare gli ambiti oggetto della prestazione, ma ciò solo con riferimento "al momento finale, e cioè all'oggetto della professione, e non necessariamente con riferimento alle attività intermedie". Infatti "compito della tariffa professionale non è quello di definire le competenze dei singoli professionisti", ma solo quello "di stabilire il compenso che essi possono chiedere ai clienti".

³² Cass. 10 dicembre 1993 n° 1254, in *De iure*; F. GALGANO, *Le professioni intellettuali* cit., p. 6, che sottolinea l'estensione amplissima della professione del dottore commercialista, la quale, da un lato, copre il campo non monopolizzato dal legislatore a favore di altri professionisti, dall'altro, può essere svolta anche da soggetti non iscritti all'Albo, essendo molto ristretto il settore delle prestazioni riservate in via esclusiva a tale categoria professionale.

³³ Si pensi ad esempio ai ragionieri, ai consulenti del lavoro, ai geometri e così via.

³⁴ Corte Cost. 27 dicembre 1996 n. 418 cit.

³⁵ Così Cass. 11 giugno 2008 n° 15530 cit., che, richiamando i principi elaborati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n° 345 del 1995, ha stabilito che le prestazioni professionali di consulenza e valutazione in materia aziendale rientrano negli "spazi di libertà di espressione di lavoro autonomo o di libero esercizio di servizi a secondo del contenuto delle prestazioni e della relativa organizzazione, salvi gli oneri amministrativi e tributari".

³⁶ In quest'ottica, vedi Lodo Reggio Calabria (Pres. V. Donato, Arb. F. Galgano, G. D'amico) 24-27 maggio 2010 (Studio Mitiga Rag. Francesco s.r.l. vs Mediterranea Distribuzione s.r.l.) (inedito) che ha riconosciuto la liceità delle prestazioni di consulenza aziendale, legale, economica, nel campo dell'*import-export* e nel settore informatico, eseguite da una s.r.l. tramite i propri dipendenti, perché non rientranti nell'ambito delle prestazioni riservate o protette.

³⁷ In questo senso, da tempo, si sono espresse sia la Corte Cost. nelle sentenze 21 luglio 1995 n°345 cit. e 27 dicembre 1996 n. 418 cit., sia la Suprema Corte (Cass. 11 giugno 2008 n° 15530, cit.; Cass. 11 giugno 2010 n°14085 cit.; Cass. Sez.un. 3 dicembre 2008 n°28658, cit.; Cass. 30 maggio 2006 n° 12840 cit.) che hanno chiarito come l'attività di consulenza e assistenza nel settore legale, tributario e aziendale non possa considerarsi riservata agli iscritti agli Albi, e dunque "rientrare nella previsione di cui all'art. 2231 c.c., sicché la prestazione della stessa dà diritto al compenso ed alla relativa azione a favore del prestatore".

non solo perché risulta essere non espressamente menzionata tra le prestazioni riservate in via esclusiva a coloro che sono iscritti ad un Albo o elenco, ma anche perché è spesso considerata “come mera attività ausiliaria di informazione”, la quale per natura, caratteristiche e finalità non si identifica con alcuna prestazione protetta, ma rappresenta “un prodotto (od una nuova utilità) della cosiddetta impresa di servizio” che, come tale, può anche essere oggetto di un apposito contratto (c.d. *legal advising*)³⁸.

Tale soluzione, nondimeno, se, per un verso, pare ispirarsi all'antica concezione delle *operae liberales*, per altro verso sembra non attribuire il dovuto rilievo alla trasformazione subita dall'attività di consulenza, la quale, attualmente, ha assunto un carattere sempre più complesso e altamente intellettuale, rivestendo un ruolo primario nell'ambito dello svolgimento “organizzato e professionale” delle prestazioni professionali. Essa, infatti, è spesso funzionalmente preordinata ad una più proficua ed efficace salvaguardia di interessi superindividuali, anche di rilievo costituzionale, rappresentando l'antecedente logico necessario di scelte, decisioni e attività che incidono direttamente sui medesimi interessi che stanno alla base delle disposizioni normative che riservano una determinata attività ad una specifica categoria professionale³⁹. Il che vale a spiegare perché anche per l'esercizio dell'attività di assistenza e consulenza dovrebbe essere richiesto il possesso di determinati titoli di studio e la previsione di adeguati controlli abilitativi tesi ad accertare la competenza dei consulenti⁴⁰. Tant'è vero che,

re, anche se privo di particolari abilitazioni o requisiti professionali”

³⁸ T.M. UBERTAZZI, *I contratti relativi alla consulenza legale per un'operazione di acquisizione. Profili soggettivi e qualificativi*, in *Riv. dir. priv.* 2008, p. 135 ss.

³⁹ Si è osservato (M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sul d.d.l. e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali*, in *Foro it.*, 1999, p. 470 ss.) che l'orientamento della giurisprudenza che considera “libera” l'attività di consulenza, “traspone un giudizio che può al massimo valere per la consulenza amichevole, fuori mercato, allo svolgimento organizzato e professionale di attività di consulenza”. Quest'ultima, infatti, assume spesso carattere indispensabile per certi utenti - quali ad esempio le imprese - e può richiedere “controlli abilitativi non meno severi per quanto accade per altre attività professionali, in quanto destinata ad incidere su interessi costituzionalmente protetti” (p. 473).

⁴⁰ Diversamente, T.M. UBERTAZZI, *La consulenza legale è davvero riservata?*, in *Foro it.*, 2007, I, c.2402, ss, il quale ha criticato la decisione resa da Cass.18 aprile 2007 n.9237, ivi, 2007, c- 2400 che ha incluso l'attività di consulenza e assistenza in materia legale e tributaria tra le prestazioni professionali protette. L'A. rileva come la garanzia di qualità richiesta dal cliente in merito alla predetta prestazione e la sua possibile incidenza su interessi costituzionalmente protetti non sia affatto maggiore ove la stessa sia resa da un professionista iscritto all'Albo, anziché da un giurista, un economista, un aziendalista,

al fine di “garantire una maggiore qualificazione e preparazione dei professionisti, la trasparenza verso i cittadini ed un maggiore controllo sulla correttezza”, l'attuale progetto di riforma dell'ordinamento forense⁴¹ riserva espressamente agli Avvocati detta attività⁴².

Del resto, il possesso di determinati titoli di studio e la previsione di una verifica preventiva e successiva per l'esercizio delle attività intellettuali che - come l'assistenza e la consulenza - sono destinate a incidere su interessi pubblici generali, non solo sembrano non contrastare - come si vedrà - con le indicazioni normative e giurisprudenziali di fonte comunitaria, ma neppure impongono che il rilascio della relativa abilitazione sia sottratto alla competenza degli Ordini ai quali il professionista è tenuto ad aderire. Le diverse ipotesi prospettate⁴³ - quali l'istituzione di un ufficio pubblico destinato a gestire l'organizzazione dell'esame di stato e la tenuta degli Albi, o la previsione di un sistema di associazioni private riconosciute dallo Stato e legittimate a

ovvero da un soggetto in possesso di determinati titoli di studio e di specifiche cognizioni tecnico- scientifiche.

⁴¹ L'art 2 del disegno di legge n.1198, che riforma l'ordinamento forense, già approvato al Senato in data 23 novembre 2010, attribuisce alla competenza esclusiva dell'Avvocato “l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali, nelle procedure arbitrali rituali, di fronte alle autorità amministrative indipendenti ed ad ogni altra amministrazione pubblica e nei procedimenti di conciliazione e mediazione” (comma5), nonché “l'attività di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, fatto salve le ipotesi in cui ricorrono competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate” (comma 6).

⁴²Tale esigenza è stata recepita, ad esempio, dalla legge portoghese che, attuando la direttiva sull'antiriciclaggio, ha introdotto la riserva della consulenza legale degli avvocati, senza contrastare con il processo di liberalizzazione dei mercati e con la disciplina della concorrenza, sulla base del principio di non discriminazione tra chi è ritenuto responsabile per aver posto in essere operazioni “sospette” in quanto iscritto ad un Albo professionale e coloro che, “essendo legittimati a svolgere liberamente la consulenza, non sono assoggettabili ai medesimi doveri e alle medesime sanzioni. Cfr. G. ALPA, *La disciplina comunitaria*, cit., p. 4.

⁴³ Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva nel settore degli ordini e collegi professionali*, Roma, 1997, la quale a conclusione della predetta indagine, aperta nel 1994, ha rilevato come nel nostro sistema vi sia l'esigenza di elaborare sistemi alternativi di regolamentazione delle attività professionali, seguendo le indicazioni contenute nelle Direttive comunitarie 89/48 e 92/51 che hanno operato un esplicito riconoscimento delle attività esercitate dai membri di un'associazione o di un'organizzazione che rilasci agli stessi un titolo di formazione nel rispetto di determinate regole di condotta. Secondo detta Autorità, l'esigenza di organizzare sistemi di certificazione che rappresentano un marchio di qualità per il consumatore non deve essere necessariamente soddisfatta attraverso l'istituzione di Albi e Ordini professionali, la cui introduzione si giustifica solo per esigenze di tutela di interessi generali di carattere costituzionale.



rilasciare la predetta abilitazione all'esito di un apposito esame⁴⁴ - non sembrano rappresentare infatti una soluzione più efficiente rispetto a quella che, prevedendo adeguate garanzie normative volte a prevenire abusi e discriminazioni, affidi detto controllo agli stessi soggetti che abbiano maturato un sufficiente grado di esperienza e posseggano adeguate cognizioni per effettuare siffatta valutazione.

3. Prestazioni intellettuali e attività d'impresa: la normativa di origine interna

Nonostante le sollecitazioni di diverso avviso provenienti dagli organi comunitari e dalla nostra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'ordinamento interno rimane ancora ferma, quanto meno su un piano concettuale e astratto, la distinzione tra prestazioni intellettuali e attività di impresa. Sin dai lavori preparatori al Codice civile emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di tener distinta la nozione di imprenditore da quella di professionista, anche quando l'esercizio dell'attività intellettuale richiede l'impiego di mezzi strumentali e l'opera di dipendenti o ausiliari⁴⁵. Ciò sia per la peculiare qualifica che riveste il professionista e per la sua diversa considerazione sociale⁴⁶, sia per la fiducia del rapporto che lo lega al cliente e per l'assenza di un'organizzazione di natura imprenditoriale.

In particolare, in relazione all'elemento organizzativo, si è rilevato come esso, nell'ambito delle professioni intellettuali, rivesta un ruolo non già primario e decisivo, ma strumentale o ausiliario, dal momento che è destinato a rendere più agevole e proficua l'opera intellettuale del professionista. Cosicché la sistemazione e la gestione dei beni strumentali all'esercizio della professione, sul piano lo-

gico-giuridico, si pongono quali fattori distinti e distinguibili rispetto alla prestazione professionale⁴⁷. Tant'è vero - si afferma - che il legislatore ha riservato all'imprenditore il contratto di appalto, caratterizzato dalla prevalenza dell'elemento patrimoniale e speculativo (organizzazione), e al professionista il contratto d'opera intellettuale, in cui le attrezzature ed il personale ausiliario conservano un ruolo subordinato rispetto alla prestazione offerta in via personale e diretta dal professionista⁴⁸.

Tuttavia, sulla scia delle indicazioni tratte dalla normativa comunitaria che - si vedrà - tendono ad equiparare, ai fini dell'applicazione della disciplina *antitrust*, l'attività professionale a quella di impresa, numerosi sono gli autori che inquadrano le prestazioni d'opera intellettuale nell'ambito della previsione normativa di cui all'art. 2082 c.c.⁴⁹. L'esercente la professione intellettuale - secondo tale indirizzo - non solo svolgerebbe un'attività economica nel mercato, scambiando la propria prestazione contro un corrispettivo, ma potendosi avvalere di lavoratori dipendenti o ausiliari e potendosi dotare di attrezzature e strumenti di indubbio valore economico, darebbe vita, altresì, ad un'organizzazione affatto assimilabile a quella dell'imprenditore.

Conseguentemente, anche nel nostro sistema, l'intrinseca natura del bene o del servizio finale rimarrebbero neutre rispetto alla qualificazione dell'attività. Il che spiegherebbe perché la mancata qualificazione degli esercenti un'attività intellettuale come imprenditori sia dovuta soltanto ad uno

⁴⁴ Si è rilevato (M. LIBERTINI, op. cit., p. 473) che tali sistemi possono sollevare dubbi di opportunità e di legittimità costituzionale dal momento che, il primo (istituzione di un ufficio pubblico), potrebbe "apparire fortemente burocrattizzato ed essere esposto a rischi di cattura da parte degli interessi forti" che dovrebbero essere soggetti al controllo stesso"; mentre l'altro (previsione di un sistema di associazioni private riconosciute dallo Stato) porterebbe ad "abbassare" i criteri di scelta e di controllo della qualità delle prestazioni offerte dagli associati, "potendosi creare tra le varie associazioni un sistema di concorrenza al ribasso".

⁴⁵ Relazione al cod.civ. n°917

⁴⁶ G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Riv. dir. civ.* 1999, II p. 125 ss; id. *L'iniziativa economica*, *ivi*, 1988, I, p. 316) ha rilevato infatti come la dignità, la responsabilità del professionista, la personalità della prestazione costituiscano elementi qualificanti delle professioni intellettuali che escludono una loro assimilazione con l'attività di impresa, pena il rischio "di una sempre più accentuata mercificazione al posto del prestigio, della sicurezza e della creatività della professione".

⁴⁷ N. IRTI, op. cit., p. 27; F. FERRARA JR-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2007, p. 45; F. MESSINEO, *Man. Dir. civ. comm.*, 1985, I, p. 323; G. FERRI, *Man. Dir. comm.* VI, 1986, p. 43; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, in *cod. civ. comm.* Schlesinger, II, 1996, parte II, p. 210, che sottolineano come la prestazione intellettuale, sotto il profilo giuridico, si distingua dai servizi professionali proprio per il suo intrinseco carattere ideativo e creativo.

⁴⁸ F. SANTORO PASSARELLI, op. cit., p. 23 ss; A. PERULLI, op. cit., p. 8 ss; G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.* 1976, I, p. 594; G. MARASÀ, *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. not.* 1997, p. 1346.

⁴⁹ F. GALGANO, *Le professioni intellettuali*, cit. p. 2; P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. IV, disc. Priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 46; F.M. DORÈ, *Professioni e impresa tra diritto interno e comunitario: il problema delle tariffe*, in *Corr. Giur.* 1999, I, p. 48; G.F. CAMPOBASSO, op.cit., p. 30 ss; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 277, che rilevano come la nozione di impresa nel nostro sistema e in quello comunitario sia sufficientemente ampia da comprendere qualsiasi entità che svolge un'attività economica, indipendentemente dallo status giuridico di detta entità. Ne segue che la natura dell'attività economica non risulta significativamente influenzata né dal carattere intellettuale, tecnico o specializzato delle prestazioni, né dalla qualifica rivestita dal soggetto che esegue in via diretta e personale la prestazione.

“specifico privilegio”⁵⁰ concesso ai professionisti, diretto a provocare “un’esonazione dalla soggezione allo statuto dell’imprenditore”⁵¹.

E’ questa, peraltro, un’impostazione che pare sottesa anche alle affermazioni dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, nella prima indagine conoscitiva, avviata nel ’94, per valutare l’eventuale distorsione della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato determinata dalle attuali normative sulle professioni intellettuali, è giunta ad assimilare, ai fini dell’applicazione delle regole concorrenziali, il prestatore d’opera intellettuale all’imprenditore⁵². La predetta Autorità, in particolare, richiamando le nozioni di impresa e servizio professionale elaborate dalla Corte di Giustizia e contenute nei testi comunitari⁵³, ha rilevato come il professionista, al pari dell’imprenditore, svolga un’attività che si traduce “nell’offerta di prestazioni acquisibili dietro il pagamento di un corrispettivo”, eserciti cioè un’attività che, concretizzandosi in uno scambio tra prestazione e corrispettivo, è oggetto di valutazione economica, e dunque costituisce impresa.

Di qui il corollario secondo il quale, al fine di garantire la qualità delle prestazioni e le attese dei cittadini, lo strumento più efficiente da adottare sarebbe proprio l’applicazione dei principi concorrenziali, con conseguente abolizione dei minimi tariffari, abrogazione del divieto di fornire informazioni pubblicitarie, incentivazione della libertà di accesso alle professioni ed alla formazione dei professionisti⁵⁴ ed eliminazione degli ostacoli normativi alla

costituzione di società multidisciplinari. Necessità, queste, che sono state ribadite anche nell’altra indagine conoscitiva, avviata nel 2006 e conclusasi nel 2009, riguardante le regolazioni legislative e le norme deontologiche vigenti in tema di libere professioni. Da tale ricerca è emersa infatti una forte resistenza degli Ordini professionali a conformare le norme deontologiche ai principi concorrenziali introdotti con la riforma Bersani, che – è noto - ha inciso profondamente su molte delle restrizioni sopra accennate⁵⁵.

Tale indirizzo, nondimeno, si discosta nettamente sia dalla nostra tradizione giuridica che dalle previsioni normative che l’hanno recepita, le quali tendono a differenziare l’attività d’impresa da quella svolta dai professionisti, proprio per gli intrinseci caratteri, ideativi e creativi, che contraddistinguono le prestazioni intellettuali. Infatti - si è affermato - che se si ignorano e si sopprimono tali differenze “le attività professionali vengono appiattite a livello di qualsiasi altro lavoro”⁵⁶; ossia si dimentica che tali prestazioni presuppongono conoscenze e saperi complessi e specialistici che contribuiscono a spiegare la peculiare disciplina normativa ad esse riservata dagli artt. 2229 ss. c.c.⁵⁷.

Del resto – si vedrà – come la stessa Corte di Giustizia sia orientata a coniugare l’applicazione delle regole sulla concorrenza con il mantenimento “delle norme etiche e del rispetto dei compiti di interesse pubblico affidati ai singoli professionisti, di guisa che, ove l’attività professionale sia riconducibile all’esercizio di pubblici poteri e alla tutela di

⁵⁰ Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 17, che evidenzia come l’esonazione stabilita dall’art. 2238 c.c. si spieghi perché, “in sua assenza, le caratteristiche della fattispecie avrebbero potuto comportare l’applicazione dello statuto dell’imprenditore ai professionisti intellettuali nell’esercizio della loro professione”. Circostanza, questa, che il legislatore ha voluto evitare, “attribuendo in virtù di considerazioni di carattere storico e sociologico ad un determinato ceto un particolare privilegio, consistente nell’immunità rispetto allo statuto dell’imprenditore e nella previsione di una disciplina *ad hoc*”.

⁵¹ Si è infatti rilevato (F. GALGANO, *Le professioni intellettuali* cit., p. 16) come la nozione di impresa delineata dal nostro legislatore ex art. 2082 c.c. non si differenzi da quella vigente in ambito comunitario, di guisa che essa è idonea a comprendere anche l’attività dei professionisti intellettuali. Conseguentemente, questi ultimi possono essere considerati imprenditori proprio ai sensi della legge n° 287 del 1990, la quale sancisce la prevalenza della disciplina da essa dettata sulle disposizioni interne configgenti, le quali dovranno essere disapplicate (art. 1 comma 4). Di qui, secondo l’A., la neutralizzazione dei “privilegi” spettanti ai professionisti intellettuali e la loro soggezione alle norme sulla libera concorrenza.

⁵² AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 15.

⁵³ Vedi par. 4

⁵⁴ In particolare, l’Autorità Garante, nella citata indagine, conclusasi nel ’97, ha rilevato che i regimi di autorizzazione

all’esercizio delle professioni sono particolarmente restrittivi e si traducono in una limitazione del numero dei professionisti che si riflette negativamente sulla concorrenza e sulla qualità delle prestazioni. Fenomeno, questo, che interessa soprattutto le professioni emergenti per le quali le forme organizzative e di rappresentanza, già autonomamente adottate, non si rivelano sufficienti, aspirando dette professioni ad un riconoscimento con valore *erga omnes*, da attribuirsi mediante sistemi alternativi. Riconoscimento che per le professioni non regolamentate, ai sensi dell’art. 26 del d.lg. 206/2007 e della Direttiva comunitaria 2005/36, è stato disciplinato da un apposito decreto interministeriale che ha attribuito allo stesso una valenza generale e sistematica.

⁵⁵ Questa seconda indagine si è conclusa dopo che era entrata in vigore sia la c.d. riforma Bersani I (L.266/1997), sia il d. lg. 223/3006, convertito dalla legge 248/2006 (c.d. riforma Bersani II), che hanno provveduto alla revisione dei requisiti di accesso e di svolgimento delle professioni, elaborando sistemi alternativi di regolamentazione delle attività professionali, all’abolizione delle restrizioni concernenti l’obbligatorietà delle tariffe minime, al divieto, anche parziale, di pubblicità informativa e alla costituzione di società interdisciplinari.

⁵⁶ N. IRTI, op. cit. ,p. 27.

⁵⁷ G. OPPO, *L’iniziativa economica*, cit. p.316, G.F. CAMPOBASSO, op. cit., p.45 ss, che rilevano come ai lavoratori autonomi manchi spesso l’elemento dell’organizzazione, essendo insufficiente ad integrare il requisito richiesto dall’art. 2082 c.c., la sola organizzazione a fini produttivi del proprio lavoro.





interessi generali, ben possono essere previste deroghe e strumenti restrittivi della concorrenza e del mercato. Il che, per un verso, legittima il peculiare regime normativo che il legislatore interno ha riservato ai professionisti intellettuali e contribuisce a spiegare le previsioni che richiedono il possesso di determinati titoli di studio, il conseguimento di una specifica abilitazione professionale ed il rispetto dei principi deontologici fissati dagli Ordini a cui l'abilitato appartiene, pena la peculiare responsabilità del professionista; per altro verso è in linea con il consolidato indirizzo della Corte Costituzionale che ha chiarito come il principio di professionalità specifica di cui all'art. 33 Cost. miri ad assicurare alla collettività il rispetto di livelli morali ed etici e la qualità delle prestazioni, con conseguente differenziazione del professionista dall'imprenditore.

Diversamente, altra e distinta è la soluzione prospettabile nelle ipotesi in cui le prestazioni professionali costituiscano un elemento di una più ampia e complessa attività di natura imprenditoriale; là dove cioè il professionista svolga la sua opera con strutture e modalità che seguono logiche mercantili ed in cui assumono decisiva rilevanza sia l'elemento organizzativo che l'impiego delle risorse materiali, tecniche e umane⁵⁸. In tal caso – si vedrà⁵⁹ – è evidente il significativo parallelismo esistente tra professione intellettuale e impresa che, in deroga al principio codicistico della personalità della prestazione, giustifica sia un ampliamento delle forme associative di esercizio delle professioni intellettuali⁶⁰, sia la riconducibilità di una determinata attività professionale nel più vasto campo dei servizi⁶¹. I quali ultimi possono essere il risultato di un'attività

articolata, in cui la prestazione intellettuale costituisce soltanto una delle componenti di una più complessa attività economica all'interno della quale l'organizzazione dei mezzi e del capitale si pone come fulcro, mentre l'opera del professionista riveste un ruolo strumentale, destinato a rimanere neutro rispetto alla qualificazione della fattispecie⁶².

In questi casi, proprio perché il professionista si organizza per svolgere la sua opera secondo modelli imprenditoriali, viene meno lo stesso nesso funzionale esistente tra prestazione professionale e contratto d'opera intellettuale⁶³, di guisa che i rapporti con i clienti possono essere regolati da schemi negoziali diversi, quali, ad esempio, il contratto d'appalto. Infatti, la normativa sugli appalti di servizi fissa i criteri per l'aggiudicazione degli incarichi pubblici, anche se relativi all'esecuzione di prestazioni riservate, sulla base di una pura logica di mercato, prevedendo che detti contratti possano essere stipulati anche da società con personalità giuridica⁶⁴, allorquando, ad esempio, gli incarichi professionali abbiano ad oggetto attività di studi e progettazione di particolare complessità tecnica e scientifica⁶⁵. Il che, indubbiamente, segna un'apertura verso nuove forme di collaborazione tra "operatori economici e professionali in una realtà che esige, soprattutto nel settore dei servizi, interventi interdisciplinari e specifiche organizzazioni di vaste dimensioni"⁶⁶ e contribuisce, in armonia con le indicazioni provenienti dal diritto comunitario, a comprendere compiutamente la nuova, articolata e complessa identità giuridica del professionista.

⁵⁸ Si è rilevato (A.M. LEOZAPPA, *Professioni intellettuali e legislazione speciale: spunti per una riflessione*, in *Riv. not.*, 2002, II, p. 1187) come la legislazione speciale, volta a recepire le esigenze organizzative che i nuovi mercati professionali evidenziano, non rappresenti un'eccezione nel paradigma normativo delle professioni, ma si collochi nell'ambito dei principi fissati dal legislatore codicistico che, attraverso l'art. 2238, II° comma, sembra aver voluto affermare che, anche in presenza di un elemento organizzativo, il professionista rimanga sottratto alla disciplina dell'imprenditore commerciale.

⁵⁹ Cfr. par. 5

⁶⁰ Si pensi, ad esempio, all'art. 24 l. 7 agosto 1997 n° 266, che ha abolito il divieto dello svolgimento in forma societaria dell'attività professionale, contenuto nell'art.2 della l. 23 novembre 1939 n°181, al d. lg. 2 febbraio 2001, n° 96, che ha regolamentato la società tra avvocati e alla legge 4 agosto 2006 n° 246, che, richiamando i principi di libera concorrenza e di libera circolazione delle persone e dei servizi, ha abrogato il divieto di fornire servizi professionali interdisciplinari ex all'art. 2 l. 1816/1939

⁶¹ Cfr. Trib. Teramo 11 febbraio 2005, in *De iure*, che ha affermato la natura imprenditoriale degli enti di formazione professionale e degli istituti scolastici che si dotano di un'organizzazione aziendale, "utilizzando un complesso strumentale costituito tanto da fattori personali (prestazioni intellettuali degli insegnanti), quanto da fattori materiali.

⁶² Tipico esempio è costituito dalle società di *engineering* di cui alla legge 11 febbraio 1994 n°109, dalle società di progettazione di impianti industriali, ai sensi della legge 17/1981, dai laboratori di analisi, dalle case di cura e dagli ambulatori medici, dove la complessità della struttura organizzativa, il numero di dipendenti e l'impiego dei mezzi tecnici e telematici è tale da non poter essere rapportato a quelli richiesti, in via strumentale, dall'esercizio della professione intellettuale.

⁶³ A.M. LEOZAPPA, *Professioni intellettuali e professioni c.d. non protette*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 297 ss.; A. BERLINGUER, *Professione intellettuale, impresa, e concorrenza nel dialogo diritto interno- diritto comunitario:premesse per uno studio*, in *Riv. dir. civ.* 1999, p. 654, che parlano di "cedimento del modello tradizionale di professione intellettuale.

⁶⁴ La direttiva 92/50 e il d. lg. 17 marzo 1995 n° 157, che l'ha recepita, riguardano non solo i servizi di contabilità e revisione, quelli attinenti all'architettura e all'ingegneria, ma anche quelli legali, sanitari e sociali, consentendo alle società di professionisti di concorrere alle gare d'appalto

⁶⁵ T.A.R. Lazio 5 gennaio 2010 n°36, in *TAR*, 2010, p. 1

⁶⁶ Tar Lazio 28 marzo 2002 n° 4734 cit. sottolinea come il sistema tracciato con la legge 23 novembre 1939 n° 1815 sia stato "aperto" dalla legge 7 agosto 1997 n°266, che ha abolito il precedente divieto di cui all'art. 2, e dalla legge 18 novembre 1998 n°415 (c.d. Merloni *ter*) che ha attribuito alle società di servizi la legittimazione a partecipare alle procedure di appalto di servizi.

4. Le indicazioni di fonte comunitaria: la normativa sui servizi

| 78

Nelle pagine precedenti si è rilevato come la normativa di origine comunitaria, agli specifici fini dell'applicazione della normativa *antitrust*, tenda ad equiparare il professionista all'imprenditore⁶⁷. Ciò sulla scia delle disposizioni contenute nel Trattato Ce⁶⁸ - che non pongono alcuna distinzione tra le due predette categorie - e dei ripetuti interventi della Corte di Giustizia, che include le libere professioni nell'ambito del più ampio contesto dei servizi⁶⁹.

Più precisamente, in ambito comunitario, da tempo si ritiene che la nozione di impresa, in assenza di un'espressa definizione normativa, si individui esclusivamente sulla base di un criterio economicistico, abbracciando "qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento"⁷⁰. Di qui il ruolo decisivo e assorbente rivestito dallo svolgimento di un'attività economica, la quale, identificandosi con "l'offerta, in un

⁶⁷ Il *leading case* è rappresentato dalla decisione della Commissione europea del 30 gennaio 1995, relativa agli agenti commerciali - che la legge spagnola inquadrava in un'apposita organizzazione professionale quale ente di diritto pubblico, abilitato a determinare tariffe per le prestazioni professionali dei suoi membri - in cui si è affermato che detti operatori professionali costituiscono impresa, ai sensi dell'art. 85 del trattato Ce. Soluzione, questa, poi ribadita dalla decisione del 16 novembre 1995 che, in una fattispecie analoga, ha confermato l'assimilazione tra professionista e imprenditore (cfr. R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, (diretto da Galgano), LV, Padova, 2008, p. 40).

⁶⁸ L'art. 50 del Trattato Ce stabilisce: "sono considerati servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone". Cosicché i servizi comprendono non soltanto le attività di carattere industriale e commerciale, ma anche quelle proprie delle libere professioni.

⁶⁹ L'equiparazione delle libere professioni al *trade commerce*, con conseguente applicazione alle prime della normativa *antitrust*, trova il suo antecedente nel diritto statunitense, dove la fissazione di tariffe da parte delle organizzazioni professionali è stata considerata dalla Corte Suprema, già negli anni '70, una pratica di *price fixing* atta a costituire violazione dello *Sherman act*, con una tendenza che è proseguita negli anni '80 e '90. Cfr. F GALGANO, *Le professioni intellettuali*, cit., p. 15, il quale rileva come la tendenza all'equiparazione si sia manifestata nel diritto comunitario anche con il regolamento n°2137 del 1985, entrato in vigore nel luglio 1989, che ha regolato il G.e.i.e. (Gruppo europeo di interesse economico) e lo ha concepito come strumento di cooperazione sopranazionale sia fra le imprese che tra esercenti libere professioni.

⁷⁰ Corte Giust. U.E. 12 settembre 2000, C. 180/98, C184/98, in *Foro.it*, 2002, IV, 244; Corte Giust. U.E. 23 aprile 1991, C. 41/90, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, 1322; Corte Giust. U.E. 17 febbraio 1993, C. 159/91, C160/91, in *Foro it.* 1994, IV, 113; Corte Giust. U.E. 16 novembre 1995, C. 244/94, *ivi*, 1996, IV, 67; A TIZZANO, *Stabilimento e prestazione di servizi nella giurisprudenza comunitaria*, *ivi*, 1997, V, 345 ss.

determinato mercato, di beni o servizi, dietro corrispettivo, al fine di ottenere un profitto"⁷¹, finisce per porsi quale condizione decisiva anche ai fini dell'esistenza di un servizio professionale. Quest'ultimo viene infatti definito in maniera così estesa da abbracciare "qualsiasi attività, anche a carattere intellettuale, svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente retribuita"⁷², con la sola esclusione delle prestazioni non economiche e di alcune specifiche attività espressamente individuate⁷³.

E' evidente, quindi, che il diritto comunitario, a differenza del nostro sistema codicistico, che considera l'esercizio di un'attività economica un elemento necessario - ma di per sé non sufficiente - per l'acquisto della qualità di imprenditore, recepisce una nozione di impresa più ampia, diretta a favorire l'applicazione della normativa *antitrust* ogniqualvolta vi sia un'attività economica che si svolge in un determinato mercato⁷⁴. Discende da ciò una concezione dell'impresa in termini funzionali, come "agente del mercato che essa provvede a regolamentare", in cui i c.d. elementi strutturali, quali l'organizzazione e la professionalità, non già concorrono a "dettare lo statuto generale dell'imprenditore, ma assumono rilievo settoriale "tramite la disciplina delle società"⁷⁵. Si spiega così perché la Corte di Giustizia e il legislatore europeo abbiano incluso nella predetta nozione anche l'attività del professionista, prescindendo dal suo

⁷¹ Corte Giust. U.E. 12 settembre 2000, cit.; Corte Giust. U.E. 18 giugno 1998, C. 35/95, in *Guida dir.* 1998, fasc. 26, p.15

⁷² La Direttiva 2006/123 e il decreto legislativo 59/2010 che l'ha recepita definiscono i servizi come "qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 50 del Trattato Ce fornita normalmente dietro retribuzione. Infatti tra i servizi oggetto della Direttiva rientrano numerose attività in costante evoluzione, quali i servizi alle imprese, i servizi di consulenza manageriale e gestionale, di certificazione e di collaudo, i servizi di gestione delle strutture, di pubblicità degli agenti commerciali, i servizi di consulenza legale o fiscale e quelli collegati con il mercato immobiliare, l'edilizia e le agenzie di viaggio (considerando 33)

⁷³ In particolare, oltre alle attività non economiche, la Direttiva 2006/123 e il d. lg 59/2010 escludono dall'ambito di applicazione delle norme in essi contenute le attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, i servizi di interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva, taluni servizi di natura sociale, i servizi di trasporto, quelli forniti dalle agenzie per il lavoro, i servizi sanitari e farmaceutici forniti a scopo terapeutico, i servizi audiovisivi, quelli relativi ai giochi d'azzardo, i servizi finanziari, inclusi quelli bancari pensionistici, creditizi e assicurativi, i servizi di sicurezza privata e quelli forniti dai notai.

⁷⁴ G.TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 115 ss.

⁷⁵ Così C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Padova, 2007, pp.6-7, che rilevano come il diritto *antitrust* giunga a considerare impresa anche un operatore economico individuale o forme di organizzazione economica a carattere occasionale.





carattere intellettuale, tecnico o specializzante e dal fatto che la stessa sia spesso fornita su base personale e diretta, senza la necessaria combinazione di elementi materiali, immateriali ed umani⁷⁶.

Muovendosi in questa logica, la normativa sui servizi ha, per un verso, introdotto una nuova regolamentazione in tema di ammissibilità delle comunicazioni commerciali, di attività interdisciplinari, di assicurazione per la responsabilità professionale e in ordine agli adempimenti amministrativi da eseguirsi per l'accesso e lo svolgimento del servizio; per altro verso, ha ribadito l'indirizzo tracciato dalla Corte di Giustizia in tema di libera circolazione dei prestatori d'opera professionale. Ha precisato, cioè, che questi ultimi possono svolgere la loro attività in forma non subordinata in uno Stato membro sia in via occasionale e temporanea⁷⁷ - e cioè in regime di libera prestazione di servizi - sia in modo, stabile, continuativo e permanente, ossia in regime di stabilimento⁷⁸.

Libertà, queste, che denotano il rilievo fondamentale che riveste la specifica attività svolta dal cittadino in presenza di elementi di interstatualità, di guisa che esse, sebbene presuppongano un diverso tipo di collegamento tra il prestatore d'opera professionale proveniente da uno Stato membro con il diverso Stato membro in cui si esercita l'attività, hanno una struttura giuridica unitaria che giustifica

la condivisione della disciplina legislativa⁷⁹. In particolare, per ciò che concerne la libertà di stabilimento è dato rilevare come la Direttiva sui servizi abbia inteso agevolare l'attuazione attraverso l'indicazione di una serie di condizioni - già dichiarate inammissibili dalla Corte di Giustizia per il loro effetto discriminatorio - al cui rispetto è vietato subordinare l'accesso o lo svolgimento di una determinata attività. Cosicché detti requisiti né possono essere introdotti dalle legislazioni nazionali, né, ove presenti, possono essere conservati⁸⁰.

Non solo, ma la predetta normativa ha individuato anche alcuni fattori - tra i quali rientrano, ad esempio, i limiti di natura quantitativa o territoriale, la fissazione di forme giuridiche obbligatorie, la determinazione di un numero minimo di dipendenti e l'esistenza di tariffe minime o massime da osservare - che, sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, possono essere contemplati dalle legislazioni nazionali solo se conformi ai principi fondamentali esistenti all'interno degli ordinamenti; ai principi, cioè, che il legislatore, sulla scia delle indicazioni tratte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁸¹, ha riassunto nei "motivi imperativi di interesse generale"⁸².

⁷⁹ R. SALOMONE, op. cit., p. 38

⁸⁰ L'art. 11 del d.lg. 59/2010 (art. 14 Direttiva) indicano: a) i requisiti fondati sulla cittadinanza - e per quanto riguarda le società sull'ubicazione delle sede legale -; b) il divieto di avere stabilimenti in più di uno Stato membro o di iscrizione in registri, ordini o associazione professionali di altri Stati membri; c) le restrizioni alla libertà del prestatore di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario o i limiti alla libertà di utilizzare la tipologia preferita di stabilimento secondario, intralciando così la libera scelta tra la forma dell'agenzia, della succursale o della filiale; d) le condizioni di reciprocità con lo Stato membro nel quale il prestatore dispone già di uno stabilimento; e) l'applicazione, caso per caso, di una verifica di natura economica che subordina il rilascio dell'autorizzazione alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato; f) l'obbligo di presentare, individualmente o con altri, una garanzia fideiussoria o di sottoscrivere un'assicurazione presso un prestatore o un organismo stabilito in Italia; g) l'obbligo di essere già iscritto per un determinato periodo nei registri italiani o di aver esercitato l'attività in Italia per un determinato periodo.

⁸¹ Corte Giust. 11 dicembre 2003; C. 289/02; in *Foro amm.*, CDS, 2003,3525; Corte Giust. 17 febbraio 2005, C. 250/03, in *Dir. Giust.*, 2005,14, 93 hanno richiamato espressamente: le norme professionali specifiche, se intese a garantire i destinatari di un determinato servizi; la buona amministrazione della giustizia, le norme in tema di organizzazione, di qualificazione, di deontologia di controllo e di responsabilità, la necessità di valutare al meglio i soggetti chiamati all'esercizio di una determinata professione e così via

⁸² L'art. 8 del d.lg. 59/2010 richiama infatti l'ordine pubblico, l'incolumità e la sanità pubblica, la tutela dell'ambiente, compreso l'ambiente urbano, la sicurezza stradale, la tutela dei soggetti "deboli", quali lavoratori e consumatori, la proprietà intellettuale, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode e gli obiettivi di politica sociale e culturale. Principi, questi, che sono tratti dal diritto comunitario e che per costante giuri-

⁷⁶ Corte Giust. U.E. 19 febbraio 2002, 309/99, in *Foro it.*, 2002, V, 187 con nota di V. VIGORITI, *Avvocatura e concorrenza*; Corte Giust. U.E. 18 giugno 1998, C. 35/96 cit.; Trib I° grado U.E. 28 marzo 2001, T-144/99; E. GREPPI, voce *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Dig. IV Disc. pubblicistiche*, XIV, Torino 1999, p. 40. Anche se nel 43° considerando della Direttiva 2005/36 si afferma che "le professioni liberali sono quelle praticate sulla base di pertinenti qualifiche professionali in modo personale, responsabile e professionalmente indipendente da parte di coloro che forniscono servizi intellettuali e di concetto nell'interesse dei clienti e del pubblico".

⁷⁷ Il *leading case* sulla libera prestazione di servizi è rappresentato da Corte Giust. Ce 3 dicembre 1974 n°33/74, che ha chiarito come il carattere di temporaneità vada accertato in funzione della regolarità, periodicità, continuità o durata della prestazione.

⁷⁸ L'applicazione delle sole previsioni contenute nel Trattato sulla libertà di stabilimento (art. 49) e sulla libera prestazione di servizi (art. 56) non è stata sufficiente ad eliminare gli ostacoli al pieno sviluppo del mercato interno, in quanto, a tal fine, si è resa necessaria un'opera di coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali e una più ampia cooperazione amministrativa tra gli Stati membri. E' per tale ragione che il legislatore comunitario è intervenuto con la predetta Direttiva, la quale è incentrata sulla libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, in armonia con la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima, in particolare, sin dalla sentenza del 21 giugno 1974 n°2/74, aveva osservato che l'art. 43 del Trattato "prescrive un obbligo di risultato preciso il cui adempimento doveva essere facilitato dall'attuazione di un programma di misure gradualità"; misure che sebbene non sempre attuate "non hanno certo fatto venir meno l'obbligo stesso una volta scaduto il termine per il suo adempimento".



Tale normativa, peraltro, ha un ambito applicativo assai ampio in quanto opera in relazione alle professioni sia libere che regolamentate, e cioè praticate in modo personale, responsabile e indipendente da parte di coloro che forniscono servizi intellettuali, nell'interesse del cliente o del pubblico, sulla base di specifici titoli di studio, tirocini e/o del superamento di un esame abilitativo⁸³. Queste ultime attività, infatti, pur continuando ad avere come punto centrale di riferimento la Direttiva 36/2005 e il d. lg. 206/2007 - che hanno reso più flessibile il riconoscimento delle qualifiche professionali⁸⁴, favorendo la circolazione dei professionisti che hanno la cittadinanza ed hanno svolto i propri studi o acquisito la propria esperienza in altro Stato membro - trovano oggi un'ulteriore regolazione nella normativa in esame⁸⁵.

In realtà, nonostante la clausola di specialità contenuta nella Direttiva sui servizi e nel decreto attuativo - che stabilisce la prevalenza delle disposizioni dettate da atti comunitari che disciplinano l'accesso o l'esercizio di specifiche attività professionali ed abbiano un contenuto difforme o incom-

sprudenza sono di stretta interpretazione. Perché si configuri una loro violazione è pertanto necessario che lo Stato membro dimostri l'esistenza di una minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività, fermo restando che siffatte deroghe non autorizzano gli Stati membri ad escludere interi settori economici o intere professioni dall'ambito della libertà di stabilimento o della libera prestazione di servizi (cfr. M.A.CERIZZA, *Cadono le barriere per stabilimento e attività*, in *Guida dir.*, 2010, n.21, p. 50 ss).

⁸³ La direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali (36/2005) ha inteso accorpate le precedenti numerose direttive, sia di carattere generale che di settore, riguardanti le singole professioni, in modo da riorganizzare il sistema di riconoscimento sulla base di una reciproca fiducia nella formazione ottenuta negli Stati membri, con la previsione della libera prestazione di servizi e della possibilità di richiedere il riconoscimento del titolo professionale al fine di agevolare la libertà di stabilimento.

⁸⁴ Il d. lg. 206/2007 prevede che il predetto riconoscimento possa avvenire in modo automatico (art. 13), oppure in base all'esperienza professionale (art. 27) o il sistema generale previsto dagli artt. 16 ss. Tuttavia, sia tale decreto che la Direttiva sui servizi tendono ad attribuire un ruolo rilevante agli Ordini, organismi o associazioni professionali, i quali hanno il compito di "elaborare codici di condotta a livello comunitario, tesi ad agevolare la prestazione transfrontaliera di servizi o lo stabilimento di un prestatore in un altro Stato membro, nel rispetto del diritto comunitario".

⁸⁵ Così, ad esempio, prendendo in considerazione la professione di avvocato, oltre alle disposizioni dettate dalla normativa sui servizi e da quella sul riconoscimento delle qualifiche professionali, possono menzionarsi, la Direttiva 5/1998 e il d. lg. 96/2001 che l'ha recepita, tesi a facilitare lo svolgimento di detta professione in uno Stato membro diverso da quello in cui si è acquisita la qualifica, e la Direttiva 249 del 1997, recepita dalla legge 31 del 1982, relative allo svolgimento di tale attività in regime di stabilimento (cfr. C. FIORAVANTI, *L'esercizio delle professioni legali in Italia nell'ottica delle Direttive comunitarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1 ss).

patibile con quelle contenute nella normativa sui servizi⁸⁶ - numerose e significative sono le integrazioni apportate dalla Direttiva 123/2006 e dal d.lg. 59/2010 in materia di pubblicità, iscrizione agli Albi⁸⁷, responsabilità professionale e attività multidisciplinari. Anche se alcune di tali prescrizioni erano in parte già state recepite dal nostro legislatore e dai codici deontologici - e in particolare da quello forense⁸⁸ - che avevano legittimato la costituzione di società (di persone) multidisciplinari ed avevano abrogato sia il divieto di pubblicità informativa, sia l'obbligatorietà delle tariffe professionali minime.

5. I recenti orientamenti della Corte di Giustizia in tema di tariffe professionali e di comunicazioni pubblicitarie.

Per ciò che concerne il controverso tema delle tariffe professionali per il calcolo dei compensi delle attività libero professionali, è dato innanzitutto sottolineare come il legislatore nazionale, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia - che aveva dichiarato l'incompatibilità della legge che imponeva l'adozione di tariffe minime con i principi del libero mercato e della concorrenza di cui agli artt 5 e 85 del Trattato⁸⁹ - attra-

⁸⁶ L'art. 9 del d. lg. 59/2010 (art. 3 Dir. 2006/123) stabilisce che "in caso di contrasto con le disposizioni del presente decreto, si applicano le disposizioni di attuazione di altre norme comunitarie che regolamentano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio per professioni o in settori specifici [...]."

⁸⁷ Così, ad esempio, per l'esercizio delle professioni regolamentate, l'art. 45 del d. lg. 59/2010 prevede una serie di adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli previsti nel decreto 206/2007, i quali, come tali, non risultano essere stati assorbiti dalle disposizioni contenute nella normativa sulle professioni regolamentate (G. ALPA, *La versione definitiva della direttiva sui servizi e il suo ambito di operatività per l'avvocatura*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, II, p. 59 ss).

⁸⁸ Tra tali obblighi possono ricordarsi quelli relativi ai dati identificativi, all'iscrizione all'Ordine, alla qualifica professionale, all'assicurazione, o alle garanzie per la responsabilità professionale, alla presenza di eventuali clausole contrattuali per l'individuazione della legge applicabile al contratto o alla giurisdizione competente, il prezzo e le caratteristiche della prestazione. In particolare, per quanto riguarda il principio di non discriminazione (per ragioni sessuali, razziali, religiose, politiche o derivanti da condizioni personali o sociali) e l'osservanza delle regole che disciplinano l'esercizio dell'attività professionale (buona fede, affidamento del pubblico e della clientela, correttezza, tutela degli interessi pubblici, ampliamento e specializzazione dell'offerta di servizi, autonomia e responsabilità del professionista), è dato ribadire che essi erano stati già previsti dal d. lg. 2 febbraio 2006 n°30 dettato in tema di ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni.

⁸⁹ Nella citata decisione 18 giugno 1998 C 35/96, relativa alle tariffe minime obbligatorie e inderogabili stabilite per gli spedizionieri doganali, la Corte di Giustizia ha affermato che il sistema delle tariffe professionali obbligatorie contrasta con



verso la c.d. riforma Bersani, avesse abolito sia l'obbligatorietà delle tariffe minime, sia il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi prefissati. Mentre aveva mantenuto inalterate le previsioni sugli onorari massimi, ritenendo - secondo quanto evidenziato anche dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁰ - che esse non escludessero affatto il potere discrezionale del giudice di determinare i compensi professionali sulla base del valore della lite, e dunque alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza che si pongono a fondamento della predetta normativa.

Posizione, questa, che è stata di recente ripresa anche dalla Corte di Giustizia, la quale ha escluso che il nostro sistema tariffario pregiudichi la libertà contrattuale del professionista, "impedendogli di fare offerte *ad hoc*, in determinate situazioni e/o di particolari clienti", e dunque renda il mercato italiano delle prestazioni legali non attraente per gli Avvocati stabiliti in altri Stati membri. I giudici di Lussemburgo hanno infatti osservato come la normativa italiana sulle tariffe massime, sebbene abbia natura obbligatoria, sia comunque concepita in modo da non pregiudicare l'accesso al predetto mercato, dal momento che è caratterizzata da una "flessibilità che sembra permettere un corretto compenso per qualsiasi tipo di prestazione"⁹¹. Cosicché essa

non si pone affatto in contrasto con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, poiché non può qualificarsi come restrizione ex artt. 43 e 49 del Trattato Ce.

In realtà, secondo una consolidata giurisprudenza, non integra gli estremi di una restrizione concorrenziale la fissazione in altri Stati membri di "regole meno severe o economicamente più vantaggiose ai prestatori di servizi simili stabiliti sul loro territorio"⁹², in quanto ciò, benché possa comportare una difficoltà empirica nel calcolo degli onorari, non si traduce né in un divieto, né in un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento o di libera prestazione di servizi⁹³, poiché non priva gli "avvocati stabiliti in uno Stato membro che forniscono servizi in Italia di penetrare nel mercato nazionale in condizioni concorrenziali normali ed efficaci"⁹⁴.

Restrizioni e ostacoli che possono invece ravvisarsi nelle previsioni che subordinano la prestazione dei servizi offerti in via temporanea e occasionale alla cittadinanza o alla residenza del prestatore, all'obbligo di ottenere un'autorizzazione dalle autorità competenti o di presentare una dichiarazione presso le stesse, ovvero all'assunzione di una determinata forma o tipo di infrastruttura⁹⁵. Segue da ciò che anche in ordine alla libera prestazione di

l'ordinamento comunitario in materia di libero mercato e libera concorrenza, e in particolare con gli articoli 5 e 85 del Trattato, che vietano tutti gli "accordi tra imprese" che comportino distorsioni della concorrenza. In particolare, la Corte ha rilevato che, non essendo i membri del Consiglio esperti indipendenti, le decisioni di fissare una tariffa «uniforme e vincolante» limitano la concorrenza e «possono incidere sugli scambi intracomunitari», favorendo abusivamente la divisione dei mercati nazionali. Cosicché, essendo i liberi professionisti degli imprenditori e gli Ordini professionali delle associazioni di imprese, tutte le attività che essi svolgono, che non rientrano nell'esercizio diretto di potestà pubbliche, non possono non essere soggette alla disciplina della libera concorrenza.

⁹⁰ Cass. Sez. un. 11 settembre 2007 n° 19014, in *Giust.civ.*, 2008, 2, I, p-370. Prima di tale decisione, tuttavia, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza del 31 maggio 2007 n° 2814, aveva sottoposto alla Corte di Giustizia il problema della compatibilità con le norme del Trattato Ce delle disposizioni che stabiliscono l'inderogabilità degli onorari e dei diritti previsti per le prestazioni degli Avvocati e che vietano al giudice di diminuire i limiti previsti dalle singole voci della tabella, così favorendo gli appartenenti all'Ordine. Questioni che sono state però respinte dalla Corte di Giustizia, così come evidenziato nel testo e nella nota precedente.

⁹¹La Corte di Giustizia, nella decisione 29 marzo 2011 C. 565/08 (Commissione vs Repubblica italiana, in *De iure*) ha chiarito che le tariffe forensi consentono agli Avvocati non solo di aumentare gli onorari fino al doppio delle tariffe massime per le cause di particolare importanza, complessità o difficoltà, e fino al quadruplo per quelle che rivestono una straordinaria importanza, ma altresì di concludere accordi con i clienti al fine di fissare l'importo delle loro competenze. In tal modo la Corte ha recepito le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale, Jàn Mazák, che aveva rilevato come "la Commis-

sione non sia riuscita a dimostrare che le tariffe massime vietano agli avvocati di derogare ad esse mediante accordo concluso con i loro clienti", di guisa che le parti possono determinare, i compensi spettanti al professionista anche secondo parametri diversi, "che tengano conto, ad esempio, del tempo impiegato, del forfait o del risultato conseguito".

⁹² Corte Giust. 28 aprile 2009 C.518/06, in *De iure*

⁹³ Si è precisato che la nozione di restrizione comprende "le misure adottate da uno Stato membro che, per quanto indistintamente applicabili, pregiudichino l'accesso al mercato per gli operatori economici di altri Stati membri" (Corte Giust. 29 marzo 2011 cit.; Corte Giust. 4 dicembre 2008 C. 330/07, in *De iure*) e che tale non può considerarsi la circostanza che "gli avvocati stabiliti in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana devono, per il calcolo dei loro onorari, per le prestazioni fornite in Italia, abituarsi alle norme applicabili in tale Stato membro".

⁹⁴ Corte Giust. 29 marzo 2011 C. 565/08. In questo senso, vedi: Corte Giust. 11 marzo 2010 C. 384/98; Corte Giust. 5 dicembre 2006 C. 94/04-C.202/04; Corte Giust. 5 ottobre 2005 C. 442/02, tutte in *De iure*.

⁹⁵ Proprio perché l'accesso e l'esercizio delle attività in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie, l'art. 10 comma 2 del d. lg 59/2010 dispone che, salvo diversa statuizione, l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi sono sottoposti alla dichiarazione di inizio attività (DIA) con efficacia immediata. Mentre per quanto riguarda il regime delle autorizzazioni, l'art. 17 prevede tre distinti tipi di procedimento: dichiarazione di inizio attività a efficacia differita, silenzio assenso e, in presenza di un motivo imperativo di interesse generale, se specificamente stabilito, un'autorizzazione espressa, ossia un procedimento che si conclude con l'adozione di un provvedimento.

servizi, eventuali deroghe previste dalle legislazioni di settore dovranno non solo essere giustificate da “motivi imperativi di interesse generale” e non contrastare con i principi di proporzionalità e non discriminazione, ma essere altresì di stretta interpretazione, nel senso che né potranno ricoprire interi ambiti economici o intere categorie professionali, né potranno essere introdotte unilateralmente dagli Stati membri, senza il controllo delle istituzioni comunitarie, perché ciò contrasterebbe con i principi contenuti nella direttiva⁹⁶.

Ponendosi in quest’ottica, tesa a rendere effettivi sia i principi di libera prestazione di servizi e di libertà di stabilimento, il legislatore nazionale, oltre a semplificare i procedimenti autorizzatori per l’accesso e l’esercizio di siffatte prestazioni⁹⁷, ha così introdotto una serie di disposizioni a tutela dei destinatari delle attività e dei prestatori di servizi intellettuali. Con la conseguenza che il professionista, da un lato, è tenuto a fornire all’utente una serie di informazioni relative alla qualità delle prestazioni e al contenuto dell’atto stipulato⁹⁸, al fine di evitare che tra i contraenti si creino asimmetrie informative, dall’altro, in assenza di motivi imperativi di interesse generale – e sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione – può pubblicizzare le sue prestazioni.

In particolare, l’art. 24 della Direttiva stabilisce che nel caso di professioni regolamentate, gli Stati membri non solo devono “sopprimere tutti i divieti

⁹⁶ M. ZAMPARELLA, *Recepita in Italia la Direttiva sui servizi nel mercato interno*, *Contr. Impr. Eur.*, 2010, p. 748

⁹⁷ Sulla scia delle indicazioni comunitarie, il legislatore interno, per rafforzare la competitività dell’economia, semplificare le procedure amministrative ed eliminare gli aspetti patologici presenti nelle formalità necessarie per l’accesso ad un’attività di servizi e al suo esercizio sotto forma di ritardi e costi eccessivi, indeterminatezza, imprecisioni, lunghezza dei termini, duplicazione di documenti e degli adempimenti, ha istituito lo “sportello unico per le attività produttive”, il quale assicura l’espletamento a distanza e in via telematica di tutte le procedure necessarie per poter svolgere un’attività di servizi. (art. 38 l.25 giugno 2008 n°112). Tale sportello, in virtù del d.lg. 59/2010, è divenuto oggi l’interlocutore istituzionale unico per i prestatori e i destinatari dei servizi, che possono così accedere ad una serie di informazioni e espletare le procedure necessarie per la loro attività.

⁹⁸ Oltre alle informazioni anagrafiche, il professionista deve espressamente indicare l’esistenza di eventuali clausole per l’individuazione della legge applicabile al contratto o della giurisdizione competente, la presenza di garanzie *post vendita* non imposte dalle legge, il prezzo e le caratteristiche della prestazione e l’eventuale assicurazione o le garanzie per la responsabilità professionale. Non solo, ma su richiesta del destinatario il prestatore sarà tenuto a fornire alcune informazioni aggiuntive, quali, ad esempio, il metodo di calcolo per determinare il prezzo del servizio, se non predefinito, e per quanto riguarda le professioni regolamentate, le norme professionali in vigore nello Stato membro di riferimento, nonché, in caso di società multidisciplinari, le misure assunte per evitare conflitti di interesse (M. ZAMPARELLA, *op. cit.* p. 750).

assoluti in materia di comunicazioni commerciali”, ma sono anche tenuti a far sì che la pubblicità rispetti le regole professionali dell’indipendenza, dignità, integrità, decoro e del segreto professionale, in ossequio alla specificità di ciascuna professione. Il che pone il problema dell’individuazione dei confini di liceità non tanto delle comunicazioni pubblicitarie che abbiano un contenuto informativo – che possono oggi considerarsi ammissibili – o della pubblicità ingannevole o meramente suggestiva e priva di contenuti informativi, che deve invece ritenersi vietata⁹⁹, quanto, piuttosto, delle forme di *legal marketing*; ossia delle tecniche organizzative e operativo-promozionali attraverso le quali si tende a conquistare e/o a mantenere una quota del mercato dei servizi professionali, che possono concretizzarsi, ad esempio, nella sponsorizzazione di determinati eventi, ovvero nell’utilizzo di pratiche commerciali volte a pubblicizzare in modo diretto e *ad personam* i propri servizi¹⁰⁰.

La Corte di Giustizia, di recente, ha infatti dichiarato l’illegittimità di ogni disposizione nazionale che vieti totalmente non solo “le comunicazioni commerciali, in qualunque forma”, ma anche “il ri-

⁹⁹ L’art. 2 comma 1 lett. b della c.d. riforma Bersani II (d.l. n°223 del 2006, convertito nella L. n° 248 del 2006) e l’art. 9 della riforma dell’ordinamento forense, approvata al Senato il 23 novembre 2010, prevedono, da un lato, che l’Avvocato possa dare informazioni sul modo di esercizio della professione purché in maniera veritiera, non elogiativa, non ingannevole e non comparativa; dall’altro lato che il contenuto e la forma dell’informazione pubblicitaria debbano essere “coerenti con la finalità della tutela dell’affidamento della collettività nel rispetto del prestigio della professione e degli obblighi di segretezza, riservatezza, nonché rispetto dei principi del codice deontologico”.

¹⁰⁰ Il fenomeno del *legal marketing*, nato negli Stati Uniti alla fine degli anni ’70, concerne gli strumenti pubblicitari utilizzati dal professionista o dallo studio legale cui esso appartiene che si traducono nelle forme di pubblicità classica, nel *marketing* diretto, nella sponsorizzazione di determinati eventi sportivi, musicali, artistici, culturali, socio-economici, nelle tecniche di creazione e fidelizzazione della clientela e nella ricerca del *feedback* del cliente che abbia usufruito dei servizi professionali prestati. In questi casi, fermo restando il vantaggio che la struttura professionale può ricevere in termini di visibilità, potenziale aumento di clientela, riposizionamento su vecchi e nuovi mercati, residuano dubbi sugli eventuali effetti distorsivi circa la qualità delle prestazioni e la credibilità dello stesso studio legale, “allontanando lo *status* di avvocato dai principi della competenza e della preparazione ed avvicinandolo, per contro, a quello del pubblicitario”, così superando così i confini di liceità fissati dai codici deontologici per l’attività professionale (E. SACCHETTINI, *Una competizione confinata solo alla pubblicità rischia di svilire il pregio della nuova qualifica*, in *Giuda dir.*, 2010, fasc. 41 p. 21 ss; M. CLARICH, *Un difficile compromesso sulla riforma forense per una categoria stretta tra crisi e antitrust*, *ivi*, 2009, fasc. 39 p. 11; D. CERRO, *Pubblicità e professione forense*, in *Rass. For.*, 2009, fasc. 2 p. 221; S. MARTELLO, *Le sponsorizzazioni nello studio legale: una riflessione operativa*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 2, febbraio 2008).



corso ad una o più forme di comunicazioni commerciali [...] quali, in particolare, la pubblicità, il *marketing* diretto e le sponsorizzazioni”¹⁰¹. Secondo tale decisione, devono quindi ritenersi non conformi alle previsioni contenute nella Direttiva 2006/123 i divieti generali e assoluti riguardanti una o più pratiche pubblicitarie che, in ordine ad una determinata professione, sono dirette a fornire “nell’ambito di uno o più mezzi di comunicazione, informazioni sul prestatore o sulla sua attività professionale”. Gli Statti membri, quindi, mentre rimangono liberi di stabilire i limiti concernenti il contenuto e le modalità delle comunicazioni pubblicitarie, purché le relative previsioni siano proporzionate, non discriminatorie e giustificate da ragioni imperative di interesse generale, non possono invece proibire totalmente i mezzi di promozione commerciale, quali la sponsorizzazione di determinati eventi o il ricorso a strategie *on line* o di *direct marketing*. Di qui l’apertura alle comunicazioni commerciali che si traducono nell’organizzazione e sponsorizzazione di *convention, meeting*, nell’invio di *brochure* e di *newsletter* periodiche e delle pratiche c.d. di “*démarchage*”, ossia della trasmissione personalizzata di messaggi a carattere commerciale ad una determinata persona (fisica o giuridica) che non l’abbia richiesti, al fine di proporgli i propri servizi¹⁰².

¹⁰¹ Così Corte Giust. 5 aprile 2011 C. 119/09, in *De iure*, che ha deciso la controversia tra la *Société fiduciaire nationale d’expertise comptable* e il Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Funzione pubblica francese. Nel caso specifico la *Société fiduciaire* aveva proposto ricorso al Consiglio di Stato per l’annullamento della disposizione - contenuta nel codice deontologico francese della professione di dottore commercialista/esperto contabile - che vietava gli atti di *démarchage*, in quanto ritenuta in contrasto con l’art. 24 della Direttiva 2006/123. In particolare, l’art. 12 del predetto codice deontologico prevedeva “ Ai soggetti di cui all’art. 1 è fatto divieto di intraprendere qualsiasi atto non richiesto al fine di proporre i propri servizi a terzi. La loro partecipazione a dibattiti, seminari o altre manifestazioni universitarie o scientifiche è autorizzata nei limiti in cui tali soggetti non compiano, in tale occasione, atti equiparabili a un “*démarchage*”. Le azioni promozionali sono consentite ai soggetti di cui all’art. 1 nei limiti in cui forniscano al pubblico un’informazione utile. I mezzi impiegati a tale fine vengono applicati con discrezione, in modo da non ledere l’indipendenza, la dignità e l’onore della professione, nonché le regole del segreto professionale e la lealtà verso i clienti e i colleghi. Quando presentano la loro attività professionale a terzi, con qualsiasi mezzo, i soggetti di cui all’art. 1 non devono adottare alcuna forma di espressione idonea a compromettere la dignità della loro funzione o l’immagine della professione. Tali modalità di comunicazione, come qualsiasi altra, sono ammesse soltanto a condizione che l’espressione sia decorosa e improntata a ritegno, che il loro contenuto sia privo di inesattezze e non sia tale da indurre in errore il pubblico e che siano prive di ogni elemento comparativo”.

¹⁰² Il *démarchage*, generalmente definito come un’offerta personalizzata di beni o servizi ad una determinata persona che non l’abbia richiesta, è una tecnica di vendita che si caratterizza

Proprio in ordine a quest’ultimo aspetto, la Corte di Giustizia, muovendo dalla considerazione che le comunicazioni commerciali di cui all’art. 4 Direttiva 2006/123 comprendono non solo le forme di pubblicità classica, ma anche le pratiche che implicano un contatto personalizzato tra il professionista e il potenziale cliente, dirette a presentare a quest’ultimo la propria attività professionale (c.d. *marketing* diretto)¹⁰³, ha affermato che costituisce “una restrizione alla libera prestazione dei servizi transfrontalieri”¹⁰⁴, l’esistenza di un divieto generale e assoluto teso a colpire siffatte tecniche pubblicitarie. Questo perché siffatte proibizioni possono privare i prestatori d’opera intellettuale provenienti da un diverso Stato membro “di un mezzo efficace di penetrazione nel mercato nazionale di cui trattasi”. Cosicché, oggi, può considerarsi legittimo il ricorso non solo ai mezzi di comunicazione pubblicitaria che poggiano sui *social network*, ma anche a quelli che si fondano su un approccio con il cliente di tipo diretto e personale (*one to one*), i quali consentono al professionista di continuare a far leva proprio sul carattere personalistico e confidenziale che generalmente caratterizza il rapporto professionale, per offrire all’interlocutore le informazioni necessarie a soddisfare le sue esigenze di chiarezza e trasparenza verso il modo legale ed eventualmente le richieste di consulenza e assistenza¹⁰⁵.

Alla luce di tale decisione, è evidente, dunque, che, per un verso, si incentivano le dinamiche concorrenziali tra professionisti, ampliando il campo e le tecniche (anche di natura multimediale) con cui è possibile trasmettere le informazioni circa i titoli posseduti, le specializzazioni conseguite, la struttura

za per un duplice aspetto. Da un lato richiede una presa di contatto - che può avvenire presso il domicilio del consumatore o tramite telefono (o tecniche simili - da parte del professionista con un terzo; dall’altro, nella trasmissione a tale soggetto di un messaggio a carattere commerciale, per sollecitargli la conclusione di un contratto avente ad oggetto i propri beni o servizi. Profilo quest’ultimo che ha consentito alla Corte di Giustizia di includere tale pratica pubblicitaria tra le comunicazioni commerciali di cui all’art. 4 della Direttiva sui servizi.

¹⁰³ Il comma 12 stabilisce che deve intendersi per comunicazione commerciale: “qualsiasi forma di comunicazione destinata a promuovere, direttamente o indirettamente, beni, servizi, o l’immagine di un’impresa, di un’organizzazione o di una persona che svolge un’attività commerciale, industriale o artigianale o che esercita una professione regolamentata. Non costituiscono, di per sé, comunicazioni commerciali le informazioni seguenti: a) le informazioni che permettono l’accesso diretto all’attività dell’impresa, dell’organizzazione o della persona, in particolare un nome di dominio o un indirizzo di posta elettronica, b) le comunicazioni relative ai beni, ai servizi o all’immagine dell’impresa, dell’organizzazione o della persona elaborate in modo indipendente, in particolare se fornite in assenza di un corrispettivo economico”.

¹⁰⁴ In questo senso, vedi pure: Corte Giust. 5 aprile 2011 C. 119/09 cit.; Corte Giust. 10 maggio 1995 C.384/93 in *De iure*
¹⁰⁵ M. CLARICH, op. cit., 11; D.CERRO, op. cit., p. 221 ss.

dello studio, le materie trattate, la qualità e le modalità di esecuzione delle prestazioni ed i criteri di quantificazione degli onorari, per altro verso, invece, si aprono i delicati problemi relativi all'individuazione dei limiti oltre i quali la condotta del prestatore d'opera intellettuale deve ritenersi deontologicamente sanzionabile¹⁰⁶. Il che indubbiamente impone all'interprete di compiere, caso per caso, un'attenta valutazione ed un penetrante controllo sia sul contenuto della comunicazione pubblicitaria, sia sulle procedure seguite per realizzarla, in modo che continuino ad essere salvaguardati i principi di indipendenza, dignità, credibilità e decoro che ancora oggi contraddistinguono le attività intellettuali.

6. L'esercizio in forma societaria delle prestazioni intellettuali.

La possibilità di esercitare in forma societaria l'attività intellettuale è frutto della pressante e sempre più avvertita esigenza dei professionisti di creare strutture organizzative efficienti e competitive per ottimizzare l'impiego delle risorse umane e materiali e far fronte alle complesse istanze che provengono dalla realtà economico-giuridica¹⁰⁷. Bisogna che è rimasto per lungo tempo insoddisfatto a causa del perentorio divieto di costituire società e altri enti collettivi previsto dall'art. 2 della legge

n°1815 del 1939, abrogato oggi – si è detto - dalla c.d. riforma Bersani.

Tale esigenza, peraltro, è stata così sentita dal mondo professionale che il predetto divieto è stato per lungo tempo letto in maniera piuttosto restrittiva, legittimando l'esercizio delle attività professionali sia da parte delle società di servizi - quali, ad esempio, le società di ingegneria - sia delle società di mezzi¹⁰⁸. In particolare, la giurisprudenza ha rilevato come l'ammissibilità di tali strutture societarie derivi dalla netta distinzione in esse esistente tra l'attività professionale - prestata a titolo personale e individuale dal professionista abilitato - ed i servizi di supporto forniti dalla società, alla quale partecipa il professionista che detti servizi utilizza¹⁰⁹. Coticché - si afferma - l'oggetto sociale, in questi casi, è costituito non già dallo svolgimento delle prestazioni intellettuali, che continuano ad essere caratterizzate da un rapporto personale e diretto tra professionista e cliente, ma dalla gestione e organizzazione dei beni strumentali all'esercizio dell'attività, di guisa che non vi è alcuna ragione ostativa ad ammettere la validità della struttura societaria della quale il professionista è membro. Tant'è vero che, ancora oggi, soprattutto in ambito sanitario, accade che i centri medici o i poliambulatori privati sono spesso organizzati e gestiti da società costituite tra privati imprenditori, in cui operano medici liberi professionisti che si avvalgono della struttura societaria per svolgere in modo più efficiente la loro attività professionale¹¹⁰.

¹⁰⁶ Si noti peraltro che l'attuale codice deontologico dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili italiani, non contemplando alcun divieto assoluto alla promozione dell'attività degli iscritti, pare essere in linea con la citata decisione della Corte di Giustizia. L'art. 44 dispone infatti che la pubblicità, con ogni mezzo è libera [...], salvo il rispetto del buon gusto e l'immagine della professione e il divieto non autorizzato dei nominativi dei clienti ed alla promozione di attività di terzi.

¹⁰⁷ Sin dalla fine degli anni '50, E. Redenti (*Stato moderno e professione forense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 935 ss.) rilevava come la collaborazione tra più professionisti nell'esercizio della professione intellettuale, e dunque la creazione di studi professionali collettivi, rappresentasse una vera e propria necessità ostacolata dalla disciplina dettata per le professioni intellettuali e le società. Nella letteratura successiva, vedi: P. SPADA, *Tipicità delle società e società e associazioni "atipiche" fra professionisti*, in *Giur. comm.* 1977, I, p. 117; C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica della società di professionisti*, in *Riv. dir. comm.* 1975, I, p. 99; G. MARASA, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 425 ss. P. SCHLESINGER, *Problemi di riforma della disciplina positiva nella prestazione d'opera intellettuale*, in *Le società di professionisti*, Milano, 1973, p. 87 ss.; G. FERRI, *Delle società*, in *Comm. cod. Civ. Scialoja Branca*, (artt. 2247-2324), Bologna Roma, 1981, pp.20-21; C. IBBA, *Professione intellettuale e impresa. L'esercizio in forma associata della professione e società*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 53, p. 53 ss.; M. RESCIGNO, *Le società tra professionisti*, Milano, 1985, p. 18 ss.; F. GALGANO, *Diritto commerciale, II, Le società*, Bologna, 2010, p. 48.

¹⁰⁸ La dottrina riteneva che il divieto di cui all'art. 2 della legge n° 1815 del 1939 riguardasse soltanto le professioni protette e non anche quelle esercitabili da soggetti privi di specifica abilitazione o non iscritti ad alcun Albo o elenco (G. COTTINO, *Diritto Commerciale* I, 2, Padova, 1986, p. 377; DI SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 2006, p. 19 ss.; G. MINERVINI, *Le società tra professionisti "esterne" e le necessarie modifiche delle leggi professionali*, in *Le società dei professionisti* cit., p. 130; F. GALGANO, *Diritto Commerciale*, cit., p. 10 ss.

¹⁰⁹ Cass. 13 maggio 1992 n°5656, in *Giust. civ.*, 1993, I, p.711, ha chiarito che l'art. 2 della l. 23 novembre 1939 n. 1815, non si applica ai casi in cui la società abbia ad oggetto "soltanto la realizzazione e la gestione di mezzi strumentali per l'esercizio di una attività professionale, ancorché protetta, che resti nettamente separata e distinta dalla organizzazione dei beni di cui si serve, anche sul piano contabile"

¹¹⁰ Cass. 13 luglio 1993 n°7738 ha precisato che fuoriesce dall'ambito del divieto di cui alla l. 23 novembre 1939 n. 1815 l'impresa (societaria o individuale) che non abbia come scopo l'offerta dell'opera del professionista, bensì prodotti o servizi diversi e più complessi, trascendenti l'oggetto delle professioni protette, ovvero la realizzazione e gestione di mezzi strumentali per l'esercizio dell'attività professionale. Cfr. Cass. 13 maggio 1992 n°5656, cit., che ha riconosciuto la liceità del contratto atipico tra la società ed il professionista per effetto del quale la prima si obbliga a fornire al secondo tutti i beni strumentali e i servizi necessari all'espletamento dell'attività professionale, prestata personalmente dal professionista, e questi si impegna a



La Suprema Corte, facendo leva sulla complessità dell'organizzazione, aveva infatti riconosciuto la legittimità dell'attività svolta in forma d'impresa (societaria o individuale) da parte dei laboratori di analisi, delle case di cura e delle farmacie. In particolare, ha precisato come in queste ipotesi i servizi siano rappresentati da prodotti diversi e più complessi rispetto alla prestazione del professionista, in quanto richiedono "una prevalente azione di coordinamento e di controllo dei fattori produttivi che, unitamente all'attività medico-intellettuale, dà luogo alla produzione del servizio finale"¹¹¹.

Analogo, del resto, è il caso delle società di ingegneria, visto che anche in tali fattispecie le prestazioni intellettuali rappresentano soltanto una delle componenti dell'attività societaria e del risultato che viene promesso al committente¹¹². Tali enti

pagare alla società un corrispettivo in misura fissa o in proporzione dei suoi proventi

¹¹¹ Così Cass., 22 luglio 2004, n. 13677, in *Giust. civ.*, 2005, 6, I, p.1573, che, in applicazione dei principi esposti nel testo, ha ravvisato l'esistenza di un'attività imprenditoriale da parte del laboratorio di analisi cliniche che si connota solitamente come struttura organizzativa di dimensioni più o meno rilevanti, in cui il professionista titolare si avvale stabilmente di una pluralità di collaboratori e di dotazioni tecniche, di guisa che l'attività professionale rappresenta una componente non predominante, per quanto indispensabile, del processo operativo. In questo senso, vedi Cons. Stato, 11 maggio 1998 n° 72/98, in *Foro amm.* 10, 1998; Cons. Stato, 3 aprile 1990, n. 314, *ivi* 1990, p. 917; T.a.r. Lazio, 10 luglio 1996, n. 1394, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, p. 2975; Corte Appello Napoli 13 dicembre 1994, in *Dir. giust.*, 1995, p. 484, la quale aveva rilevato come non si traduca nella violazione di una norma imperativa (art. 2 l. n° 1815 del 1939) la costituzione di una società per lo svolgimento di diagnostica medica di laboratorio, là dove la prestazione venga eseguita da un professionista abilitato, in quanto scopo della società "non è mai l'esercizio comune della prestazione, ma solo l'organizzazione di strumenti e apparecchiature diagnostiche".

¹¹² G. ALPA, voce *Engineering*, in *Diz. Dir. priv.* (a cura di Irti), III, Torino 2009, p. 448; Cass. 10 luglio 2003, n. 10860, che ha riconosciuto la natura di imprenditori commerciali alle società di *engineering*, in quanto "la forma sociale adottata, che è quella di una società lucrativa, ed i mezzi impiegati dalla società in coerenza con tale forma, non sono contraddetti dal fatto che il contenuto dell'attività organizzata a scopo di profitto, essendo di tipo professionale, postuli che la società si avvalga di professionisti intellettuali iscritti in un apposito albo". Oltre alle società di ingegneria possono ricordarsi, a titolo esemplificativo, le società di revisione e di certificazione dei bilanci, le società di gestione delle farmacie, le società di intermediazione mobiliare, le società fiduciarie ed i centri di elaborazione dati e di assistenza fiscale. Cfr V. BUONOCORE, *Società professionali e società di progettazione industriale*, in *Riv. not.*, 1979, p. 1103; P. MONTALENTI, *Società di progettazione e società di intermediazione progettuale: nuovi profili interpretativi*, in *Giur. comm.* 1983, I, p. 485. E. NAPOLILLO *L'esercizio in forma associata delle professioni intellettuali e gli schemi di autonomia privata*, in *Vita not.* 2003, p. 1481; M. CROSIGNANI *Note in tema di contratti conclusi dalle società di ingegneria tra divieti sospesi e rimedi di diritto comune*, in *Giur. it.*, 2001, p. 183.

riuniscono in un'unica struttura tutti i professionisti necessari per la realizzazione di opere e impianti civili, industriali e commerciali e si caratterizzano - in entrambe le forme del "*commercial o del "consulting engineering"* - per il fatto che l'apporto del prestatore d'opera intellettuale si traduce in una prestazione preparatoria e accessoria rispetto alla più vasta e articolata attività di tipo imprenditoriale svolta dalla società¹¹³. Rappresenta, cioè, soltanto uno dei vari fattori che contribuiscono a realizzare il risultato finale che spesso comprende, oltre alla progettazione, anche la costruzione e la manutenzione dell'opera, così fuoriuscendo dalle attività tipiche del singolo professionista¹¹⁴.

In realtà, la giurisprudenza, ancor prima del legislatore - si è visto¹¹⁵ - ha evidenziato come in tali strutture societarie, il momento intellettuale, costituito dalla prestazione d'opera professionale, "si inserisca con carattere strumentale in un processo di commercializzazione della produzione di servizi"¹¹⁶, di guisa che l'attività intellettuale, se valutata alla stregua dell'opera finale, finisce per perdere la sua caratteristica e rimane assorbita in una dimensione organizzativa assolutamente preponderante, al cui interno costituisce un mero strumento per la realizzazione dello scopo e dell'oggetto tipici di un'impresa commerciale¹¹⁷.

¹¹³ G. ALPA, *I contratti di engineering*, in *Giust. civ.*, 1983, p. 186 ss; id. *Società di ingegneria e contratti di engineering*, *ivi*, 1980, p. 2793 ss. A tal riguardo si è altresì osservato che la natura imprenditoriale dell'attività svolta dal professionista deriva dall'esercizio di un'attività d'impresa (F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 2006, pp. 28 ss.), di guisa che, in tal caso, si è in presenza di un professionista che svolge due attività distinte, alle quali si applicheranno sia le disposizioni riferibili alle professioni intellettuali, sia quelle relative all'impresa (G.F. CAMPOBASSO, op. cit. p. 53).

¹¹⁴ Cass. 29 novembre 2007, n°24922; Cass. 2 ottobre 1999, n°10937, entrambe in *De iure*. Vedi altresì le leggi n. 109 del 1994, n. 266 del 1997 e il D.lg 12 aprile 2006 n° 163, che, ai fini dell'individuazione delle forme nelle quali possono costituirsi le società di ingegneria, rinviano ai capi V. VI e VII del Titolo V e al capo I del titolo VI del cod. civ. e precisano che oggetto delle stesse è lo svolgimento di un'attività professionale consistente nell'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico - economica e di impatto ambientale, e dunque in un complesso di attività i cui contenuti trascendono, sebbene possano in parte ricomprenderli, quelle delle libere professioni.

¹¹⁵ Vedi retro par. 3

¹¹⁶ Trib. Milano, 19 marzo 1979, cit.; Cass., 1985, n. 566, in *De iure*; App. Bari, 10 novembre 1990, in *Società*, 1991, p. 799; App. Firenze, 10 marzo 1998, in *Riv. Not.*, 1998, p. 752.

¹¹⁷ Così Cass. 22 luglio 2004 n° 13677 cit., la quale ha rilevato che il professionista intellettuale assume la qualità di imprenditore commerciale "quando esercita la professione nell'ambito di un'attività organizzata in forma d'impresa, in quanto svolge una distinta e assorbente attività che si distingue da quella professionale per il diverso ruolo che riveste il sostrato organizzativo - il quale cessa di essere meramente strumentale - e per il differente apporto del professionista, non più circoscritto alle presta-

Tuttavia, è con l'entrata in vigore della c.d. riforma Bersani e della recente normativa sui servizi che si è formalmente riconosciuta ai professionisti la possibilità di adottare lo schema societario per svolgere in comune attività intellettuali, anche diverse tra loro, con comunione di spese e utili¹¹⁸.

Proprio attraverso la multidisciplinarietà si è inteso attribuire ai professionisti la possibilità di ottimizzare le loro competenze in modo da poter fornire un'ampia gamma di servizi alle imprese (soprattutto piccole e medie) che hanno spesso bisogno di avere come loro punto di riferimento un unico soggetto.

Relativamente alla scelta di circoscrivere esclusivamente alle società di persone o all'associazione tra privati la struttura adottabile per l'esercizio in comune dell'attività professionale, deve peraltro osservarsi come essa si fondi, essenzialmente, sull'esigenza di salvaguardare i principi di personalità e professionalità delle prestazioni e la natura fiduciaria del rapporto che lega il cliente al socio. Il legislatore, infatti, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹¹⁹, ha non solo previsto che tutti i soci debbano possedere l'abilitazione richiesta dall'art. 33 Cost¹²⁰ e non possano partecipare ad altre società di professionisti, ma ha altresì stabilito che l'ente debba avere come oggetto esclusivo l'esercizio in comune della professione, svolgere l'attività *nomine proprio*, ed essere sottoposto al medesimo regime di responsabilità applicabile al professionista individuale, ritenuto solidalmente responsabile con la società per

zioni d'opera intellettuale, ma involgente una prevalente azione di organizzazione, ossia di coordinamento e di controllo dei fattori produttivi, che si affianca all'attività tecnica ai fini della produzione del servizio". In dottrina vedi P. SPADA, *Tipicità delle società*, cit., p. 177 ss., che rileva come la distinzione tra opera intellettuale e servizio commerciale appaia razionalmente infondata; T.M. UBERTAZZI, *La consulenza legale*, cit. p. 2401; G. MARASÀ, *Le società*, in *Tratt. dir. priv.* Ludica Zatti, Milano, 2000, p. 222; G. F. CAMPOBASSO, op. cit. p. 33; C. IBBA, *Società tra avvocati e tipi societari*, in *Giur. comm.* 2003, 575.

¹¹⁸ Cfr. Relazione allo schema del d.lg. Di attuazione della Direttiva 8/51 Ce approvato dal Consiglio dei ministri in data 21 febbraio 2001.

¹¹⁹ Per tutti vedi F. DI SABATO, op. cit., p. 15; F. FERRARA JR-F. CORSI, op. cit., p. 245. Diversamente, G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli, Torino, 1985, che esprime forti dubbi sulla possibilità di costituire società tra professionisti, visto il carattere personale della prestazione e la natura fiduciaria del rapporto tra professionista e cliente.

¹²⁰ Nelle more del provvedimento interministeriale che avrebbe dovuto determinare i requisiti necessari per l'esercizio in forma societaria delle attività professionali, in base alla l. n°266 del 1997, si è precisato (Cons. Stato 11 maggio 1998 n°72/98 cit.) che il tipo societario adottabile per lo svolgimento in comune di siffatte attività è "quello che consente l'applicazione delle medesime norme che disciplinano l'esercizio professionale in maniera identica per i due tipi di soggetto", quello singolo e quello collettivo.

l'attività da quest'ultima svolta. Di qui il sensibile allargamento dell'area della responsabilità verso il cliente, dal momento che alla responsabilità illimitata del socio a cui è stato affidato il mandato¹²¹ si affianca quella della società.

E' questa, dunque, una scelta che, in linea con le previsioni normative che avevano legittimato la costituzione delle società tra Avvocati¹²², ha tentato di rendere compatibili tali tipi societari con il regime della responsabilità individuale del professionista e con il requisito della personalità della prestazione, ritenendo che detto carattere sia destinato ad incidere soprattutto nella fase esecutiva del rapporto e non già imponga la stipulazione del mandato tra il singolo professionista e il cliente¹²³. Non solo, ma proprio in virtù del carattere personale e fiduciario che contraddistingue il rapporto tra società e cliente, da un lato, si è esclusa la validità dei patti che ammettono la libera trasmissibilità delle quote a terzi; dall'altro, si è precluso l'ingresso nella società di soggetti privi dei titoli abilitativi, ritenendo che l'eventuale loro partecipazione più che essere volta al concreto svolgimento dell'attività intellettuale, abbia una finalità essenzialmente lucrativa e possa pregiudicare l'indipendenza del professionista.

Attualmente, non sembra però che dette esigenze abbiano una così ampia e generale valenza da giustificare siffatte restrizioni. Questo sia perché l'indipendenza dei prestatori d'opera professionale può essere pregiudicata anche "dall'esterno", sia soprattutto perché è sempre più avvertita l'esigenza di individuare strutture efficienti in grado di far

¹²¹ Il cliente, infatti, può richiedere che il mandato sia eseguito da un determinato professionista, di guisa che è solo in assenza di tale indicazione che la società potrà conferire l'incarico ad uno o più soci da essa stessa scelti, previa comunicazione scritta al cliente del nome del professionista che eseguirà le prestazioni.

¹²² Il d. lg. 2 febbraio 2001 n° 96, nel consentire agli Avvocati di esercitare la professione in forma societaria (c.d. s.t.p. società tra professionisti), secondo le specifiche disposizioni in esso contenute o delle norme dettate per le società in nome collettivo - salvo quelle fallimentari, essendo le s.t.p. escluse da tale procedura concorsuale - ha previsto che: a) la società può essere costituita solo da professionisti abilitati e deve avere come oggetto sociale esclusivo l'esercizio in comune della professione forense; b) l'incarico professionale è conferito alla società, che percepisce il compenso, ma viene svolto personalmente da uno o più soci e di ciò deve essere informato il cliente; c) il socio o i soci incaricati sono personalmente o illimitatamente responsabili per l'attività professionale svolta; d) la ragione sociale è costituita dal nome e dal titolo professionale di tutti i soci, o di uno di loro con la locuzione "e altri" e l'amministrazione spetta esclusivamente ai soci; e) la società deve iscriversi in una sezione speciale dell'Albo; f) la società può acquistare beni e diritti strumentali all'esercizio della professione e risponde con il suo patrimonio per le obbligazioni assunte.

¹²³ F. GALGANO, *Diritto comm.* cit., p. 26; D. COVUCCI, G. PONZANELLI, *Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, p.421.

fronte alla concorrenza tra società di professionisti nazionali e società straniere¹²⁴. Frequente è infatti l'ipotesi in cui si trovino ad operare in un medesimo mercato, offrendo le stesse prestazioni, soggetti vincolati al rispetto delle restrizioni sopra descritte e società che godono invece di un'ampia autonomia negoziale e organizzativa. Il che se, da un lato, produce evidenti effetti distorsivi della concorrenza, dall'altro richiede soluzioni che, salvaguardando l'indipendenza e la responsabilità personale dei professionisti, consentano a questi ultimi di esercitare collettivamente l'attività in modo più efficace e competitivo¹²⁵.

Diversa, per contro, è la soluzione adottabile là dove si sia in presenza di attività che possono essere svolte anche da soggetti privi di una specifica abilitazione o non iscritti ad alcun Albo o elenco. In tal caso, infatti, non essendo prevista una riserva in via esclusiva per una o più categorie professionali, le prestazioni sono sottratte ai principi dell'esecuzione personale e della retribuzione adeguata al decoro della professione. Cosicché esse non solo possono essere eseguite anche tramite strutture associative di tipo capitalistico, ma lo stesso rapporto tra società e cliente può essere regolato dal contratto d'appalto, ovvero da altri schemi negoziali, diversi dal contratto d'opera intellettuale¹²⁶, che implicano una spersonalizzazione della professione e una determinazione della retribuzione secondo criteri "mercantili-stici"¹²⁷. Questo perché il prestatore d'opera intel-

lettuale, allorché conferisce i propri servizi in società o li deduce in un contratto d'appalto, agisce non come professionista, soggetto alle regole di cui agli artt. 2229 c.c., ma quale imprenditore, con conseguente sensibile mutamento del contenuto dell'attività svolta, la quale non si identifica più esclusivamente nell'opera intellettuale, ma si individua, per contro, in ragione degli specifici interessi che caratterizzano la situazione concreta e si pongono alla base delle singole previsioni contrattuali¹²⁸.

Un analogo ordine di idee, infine, sta alla base della validità degli schemi societari in cui la compagine sociale è costituita non (solo) da professionisti, ma (anche) da capitalisti ed abbia ad oggetto l'esercizio di attività intellettuali non riservate, che vengono svolte dai propri dipendenti non iscritti all'Albo. In tal caso – si è anche di recente precisato¹²⁹ – si è in presenza di una società non tra professionisti, ma tra capitalisti che organizza servizi intellettuali, ossia che produce e offre ai terzi le prestazioni intellettuali non protette dei propri dipendenti o ausiliari autonomi, i quali, anziché prestare la loro opera in maniera libera e indipendente, preferiscono svolgerla per conto e alle dipendenze della società. Si ha quindi non una società tra professionisti che esercitano in comune la loro attività intellettuale, ma una società tra più soggetti che utilizzano il lavoro intellettuale altrui per produrre e offrire servizi professionali a terzi. Di qui l'ulteriore differenza con le società tra professionisti, visto che in queste ultime l'organizzazione è funzionale rispetto alla prestazione intellettuale, mentre nelle società tra capitalisti è l'opera intellettuale ad essere strumentale rispetto all'organizzazione.

¹²⁴ Si è osservato (M. LIBERTINI, op. cit., p. 476) come l'indipendenza del professionista sia messa in pericolo non tanto dall'ingresso di un socio di capitali, interessato a creare un'organizzazione efficiente in grado di fornire elevati servizi professionali per conseguire maggiori profitti, quanto, piuttosto, delle imprese esterne che strumentalizzano spesso le scelte del professionista, oltre che dagli altri professionisti già affermati che tendono a condizionare le scelte di coloro che si apprestano ad entrare nel mondo professionale.

¹²⁵ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella citata indagine conoscitiva sulle regolazioni legislative e le norme deontologiche vigenti in tema di libere professioni, ha rilevato che "è solo attraverso strutture organizzative efficaci e competitive che si potenzia l'attività delle categorie professionali nell'attuale contesto di globalizzazione, senza far venir meno le garanzie connesse all'imputabilità personale degli atti necessari alla prestazione del servizio".

¹²⁶ Così F. GALGANO, *Le professioni intellettuali*, cit. p. 8, che riporta l'esempio dell'agente pubblicitario, dell'esperto di ricerche di mercato, o di programmazione di computer e così via.

¹²⁷ TAR Campobasso 11 novembre 2005 n°966, in *Foro Amm. Tar*, 2005, 11, p. 3671, ha ribadito come il divieto di cui all'art. 2, l. 23 novembre 1939 n. 1815, relativo all'esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali, si riferisca alle sole professioni protette. In questo senso, vedi pure TAR Valle D'aosta 2 ottobre 1993 n° 115, *ivi*, 1993, I, 4464; Cass. 22 dicembre 1993 n° 12678, che hanno rilevato come, in questi casi, essendo le prestazioni eseguite dalla società ed essendo quest'ultima legittimata a percepire il corrispettivo per l'opera prestata - salvo poi suddividerlo tra i soci, sotto forma di parte-

cipazione agli utili – sarebbe difficile quantificare il compenso sulla base dei criteri di cui all'art. 2233 c.c.

¹²⁸ Si è precisato (F. GALGANO, *Le professioni intellettuali* cit., p. 9), che il professionista, conferendo la propria opera in società, attua un vero e proprio conferimento di servizi ex art. 2195 n° 1 c.c., di guisa che l'attività esterna della società in nulla si differenzia dall'attività di qualsiasi altro ente che offre servizi al pubblico.

¹²⁹ Lodo Reggio Calabria 24-27 maggio 2010 cit., che ha riconosciuto la validità del contratto con il quale un'impresa commerciale aveva conferito ad una s.r.l. l'incarico a svolgere determinate prestazioni professionali, affermando che "di là dalla nomenclatura utilizzata dalle parti [...] la complessità della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio lascia agevolmente qualificare il contratto come contratto di servizio, il quale non si conclude, ma include prestazioni professionali svolte personalmente da singoli professionisti ed in materie (non riservate esclusivamente quanto concorrenzialmente) assegnate alla competenza dei professionisti abilitati".

7. Considerazioni conclusive

| 88

Sull'abbrivio delle considerazioni esposte può innanzitutto rilevarsi come la disciplina descritta in ordine all'esercizio in forma collettiva delle attività intellettuali si presenti articolata e complessa e risulti fortemente condizionata dall'essere una determinata prestazione riservata in via esclusiva ad una o più categorie professionali, ovvero eseguibile anche da soggetti non iscritti ad alcun Albo o elenco.

Se in quest'ultimo caso, infatti, vige un regime di autonomia negoziale piuttosto ampio, le società tra professionisti, invece, continuano a subire alcune restrizioni che possono determinare un effetto distorsivo delle concorrenze e del mercato. Anche se occorre rilevare come nessuna decisione, fino ad oggi, abbia messo in dubbio la legittimità dei limiti esistenti nei singoli Stati all'esercizio collettivo della professione. Anzi la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di instaurare collaborazioni tra professionisti appartenenti a diversi Ordini, ha dichiarato la validità della norma deontologica che vieta le associazioni tra Avvocati e Revisori dei conti. Ciò sul presupposto che tale forma di collaborazione comporterebbe la violazione della regola sul segreto professionale che opera solo per la prima (e non anche per l'altra) categoria professionale¹³⁰.

Tuttavia, ponendosi in una prospettiva di carattere più generale, preme rilevare come i diritti di stabilimento e di libera prestazione di servizi se, per un verso, abbiano favorito un processo di riadattamento delle professioni intellettuali, introducendo dinamiche di competizione tra i diversi soggetti che operano in questo settore, per altro verso non siano giunti a neutralizzare la specificità delle singole attività professionali. Anzi, tali peculiarità sono state spesso richiamate in funzione della legittimazione dei limiti che le normative interne prevedono ai principi della libera concorrenza. Basti pensare, ad esempio, come le attuali normative sui servizi e le recenti aperture della Corte di Giustizia in tema di tecniche pubblicitarie utilizzabili dai professionisti non prescindano affatto dal rispetto dei principi tipici delle attività intellettuali (dignità, integrità, credibilità decoro), i quali ancora oggi si pongono come confini inderogabili entro i quali è possibile esercitare e pubblicizzare lecitamente le prestazioni professionali.

¹³⁰ Sul punto vedi Corte Giust. CE 19 febbraio 2002 n. 309/99 cit. che, nel valutare la regola deontologica che vietava le associazioni tra Avvocati e Revisori dei conti, ha considerato valida detta norma, in quanto il grado "di confidenzialità" che essa presupponeva nei rapporti tra professionista e cliente valeva per gli Avvocati e non anche per i Revisori.

Le indicazioni ed i risultati cui si è pervenuti in ambito comunitario non implicano affatto, quindi, un'astratta, generale e meccanica estensione alle professioni intellettuali del diritto della concorrenza. Quest'ultimo, se certamente non può essere ignorato dai legislatori nazionali, allo stesso modo deve tener conto delle caratteristiche e delle peculiarità delle attività intellettuali e della specifica situazione in cui le stesse vengono esercitate. Il processo di integrazione europea e la progressiva apertura dei mercati alle logiche concorrenziali, se, da un lato, forniscono basi solide per una lettura della disciplina giuridica dettata per le professioni intellettuali non più strettamente ancorata alla sua dimensione tradizionale, dall'altro non trascurano la necessità di un bilanciamento tra tali regole e gli interessi fondamentali sottesi all'esercizio delle prestazioni intellettuali.

In realtà, sia la giurisprudenza nazionale, sia le decisioni della Corte di Giustizia e le normative comunitarie, in presenza di attività destinate ad incidere su interessi pubblici o su valori e principi costituzionalmente protetti, hanno da sempre riconosciuto la fondatezza delle deroghe e degli strumenti restrittivi della concorrenza. Ciò anche in attuazione del Trattato di Lisbona, dove la libertà di concorrenza non è un valore in sé, da proteggere in ogni caso, ma rappresenta piuttosto uno strumento per accrescere la produzione di beni e servizi in modo da soddisfare il maggior numero di bisogni. Cioché essa può subire una serie di limitazioni in virtù di altri valori, quali quelli sopra citati, che tengono conto della salvaguardia dei livelli morali etici e di qualità delle prestazioni professionali nei quali le persone confidano.

Conseguentemente, sia nel campo delle professioni non regolamentate - che è quello maggiormente sensibile a recepire le normative *antitrust* - sia in materia di attività protette, il principio del libero mercato, seppur con graduazioni diverse, non può non essere bilanciato con i compiti di interesse pubblico che gli ordinamenti nazionali affidano ai singoli professionisti. Il che significa che spetta al legislatore interno, visto l'ampio spazio di manovra che le Direttive comunitarie generalmente gli offrono nell'ingerirsi nelle dinamiche concorrenziali dei processi produttivi per la realizzazione di obiettivi di carattere generale, coniugare tradizione e modernità, armonizzando le specifiche esigenze sottese alle singole professioni con la definizione di un quadro sistematico di regole che, in linea con le indicazioni provenienti dal diritto comunitario, rappresenti il punto di riferimento comune per le attività intellettuali.



