



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

*Annuario giuridico*

---

# DIRITTO E PROCESSO

*a cura di* ANTONIO PALAZZO

ANNO 2012

## DIRITTO E PROCESSO



*Annuario giuridico dell'Università  
degli Studi di Perugia*

Rivista annuale  
ISSN 1722-1110  
Anno 2012

*Direttore scientifico e responsabile:* Antonio Palazzo

*Comitato scientifico:*

Mario Álvarez Ledesma – Mario Ascheri – Alessandra Bellelli –  
Mauro Bove – Francesco Donato Busnelli – Hedley Christ – Seve-  
rino Caprioli – Marco Comporti – Francesco Paolo Luiso – Agu-  
stín Luna Serrano – Maurizio Lupoi – Giovanni Marini – Salvatore  
Mazzamuto – Antonio Palazzo – Massimo Paradiso – Vito Rizzo  
– Umberto Santarelli – Andrea Sassi – Francesco Scaglione – Peter  
Stein – Ferdinando Treggiari

*Comitato di redazione:*

Silvio Pietro Cerri – Roberto Cippitani – Valentina Colcelli – Fran-  
cesco Reali – Stefania Stefanelli

*Un ringraziamento particolare per il lavoro di referaggio a*

Alessandra Mignolli, Massimo Paradiso, Alessandra Bellelli, Angel González  
Morales, Rodolfo García García, Alejandro Carlos Espinosa, Alma Delia Can-  
seco Guzmán, Angel González Morales, Rodolfo, García García

---

Diritto e Processo n. 8/2012 – Pubblicato a Perugia nell'anno 2012  
Registrazione presso il Tribunale di Perugia del 24 luglio 2003, n. 33  
Responsabile: Antonio Palazzo

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

In copertina: Baldo degli Ubaldi (miniatura attr. a Pietro da Pavia, anno 1393)

## SOMMARIO

THAIS PALERMO BUTI, <i>Mercosur: il rafforzamento istituzionale come soluzione al deficit di capacità di risposta</i>	Pag.	5
STEFANIA CATANOSSI, <i>La tutela della privacy nel mercato digitale europeo</i>	»	25
HEDLEY CHRIST, <i>How is the rule of law experienced</i>	»	55
ROBERTO CIPPITANI, <i>Libertà di insegnamento e protezione di interessi costituzionalmente rilevanti</i>	»	79
VALENTINA COLCELLI, <i>Constitution of the status of filiation, birth registration and the child's right to know his/her origin in the italian legal system. A brief comment</i>	»	101
GERARDO GARCÍA SILVA, <i>La violencia derivada de la lucha contra el narcotráfico (2006-2012)</i>	»	127
MANUEL ALEXANDRO MUNIVE PÀEZ, <i>La creación del tribunal interamericano de competencias judiciales como un elemento para la integración jurídica americana</i>	»	153
ROBERTO A. OCHOA ROMERO, <i>La elevación a rango constitucional de los beneficios por colaboración con la autoridad en el ámbito del crimen organizado</i>	»	169
GERARDO SAÚL PALACIOS PÁMANES, <i>La artificialidad del delito. En el pensamiento de Nils Christie</i>	»	193

ANTONIO PALAZZO, <i>Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni</i>	pag. 217
FRANCESCO SCAGLIONE, <i>L'abuso del diritto nel contratto</i>	» 237
ALESSIA VALONGO, <i>trasparenza dei pagamenti e nullità del contratto nel nuovo regime antiriciclaggio</i>	» 263

THAIS PALERMO BUTI\*

## MERCOSUR: IL RAFFORZAMENTO ISTITUZIONALE COME SOLUZIONE AL DEFICIT DI CAPACITÀ DI RISPOSTA

SUMMARY: 1. Il Mercosur e gli obiettivi contenuti nel Trattato di Asunción. — 2. Struttura Istituzionale del Mercosur. — 2.1. Il funzionamento del Mercosur. — 2.2. I problemi di ordine istituzionale. — 2.2.1. Il sistema decisionale. — 2.2.2. L'internalizzazione normativa. — 2.3. L'agenda istituzionale a partire dal 1999. — 2.4. I risultati raggiunti in termine di rafforzamento istituzionale. — 3. I deficit di capacità di risposta. — 4. Appunti sul rafforzamento istituzionale nel Mercosur.

### 1. — *Il Mercosur e gli obiettivi contenuti nel Trattato di Asunción.*

L'obiettivo dell'accordo costitutivo del Mercato Comune del Sud (Mercosur) firmato il 26 marzo del 1991 da Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay era quello di stabilire un mercato comune fra i paesi membri entro dicembre 1994, attraverso l'adozione graduale degli strumenti necessari alla sua realizzazione, quali un programma di liberalizzazione commerciale, il coordinamento delle politiche macroeconomiche, una tariffa esterna comune, l'approvazione di accordi settoriali<sup>(1)</sup>.

Passati vent'anni dalla firma del Trattato di Asunción, nessuno dei suoi obiettivi è stato pienamente raggiunto. La liberalizzazione tra i paesi è quasi totalmente avvenuta: la maggior parte dei beni importati intra-blocco non è più tassabile, però esistono ancora molte restrizioni non tariffarie al commercio, che rallentano il completamento del processo per la libera circolazione dei beni (INTAL 2009).

---

\* Centro Interuniversitario di Ricerca per lo Sviluppo Sostenibile (CIRPS), Sapienza – Università di Roma.

<sup>(1)</sup> Trattato di Asunción, art. 1.

Vi sono inoltre molti prodotti considerati sensibili, per i quali la tariffazione zero non è ancora raggiunta – e che compongono le cosiddette “liste di eccezione” compilate da ogni paese. La Tariffa Esterna Comune (TEC) è stata adottata, ma subisce innumerevoli “perforazioni” per via delle liste di eccezione, visto che in molti casi l’eliminazione della tariffa di importazione su determinati prodotti porterebbe ad importanti squilibri interni di uno o di altro paese (KUME & PIANI 2001 e 2003).

Un ulteriore ostacolo all’approfondimento dell’integrazione è la fragilità istituzionale del blocco. L’assenza di un meccanismo di finanziamento permanente non soltanto delle Segreterie, ma anche degli organi tecnici del Mercosur – o per lo meno di quelli responsabili per l’elaborazione di programmi di lavoro volti al consolidamento del processo di integrazione – rende difficile la continuità del lavoro svolto<sup>(2)</sup>.

La stessa Segreteria del Mercosur, pur avendo un bilancio proprio fin dalla sua creazione nel 1991, ha avuto per alcuni anni seri problemi finanziari, dovuti all’inadempimento nel pagamento della quota annuale da parte di alcuni paesi membri<sup>(3)</sup>.

Ci sono poi le difficoltà riconducibili al contesto storico di riferimento, nonché le divergenze di carattere strutturale che i paesi membri non sono mai riusciti a superare del tutto.

È emersa con chiarezza già all’inizio del nuovo millennio l’impossibilità di approfondire il processo di integrazione senza toccare i suoi punti nevralgici, quali la fragilità istituzionale, tradotta nell’incapacità di risolvere qualsivoglia problema se non politicamente; le restrizioni non tariffarie al commercio intra-blocco, sintomatiche della poca affidabilità delle relazioni

---

<sup>(2)</sup> R. BOUZAS, *Regional Governance Institutions, Asymmetries, and Deeper Integration in Mercosur*, in J. BLYDE (a cura di) *Deepening integration in Mercosur; dealing with disparities*, Washington DC, 2008, p. 355-380.

<sup>(3)</sup> Nella XXXVII Riunione del GMC, ad aprile 2000, il direttore della SM informa sulla *difficile situazione finanziaria della SAM, dovuta alla mora dei pagamenti delle quote degli Stati Partì*. Il problema del mancato pagamento delle quote da parte di alcuni paesi è durato circa quattro anni, durante i quali la SAM ha dovuto ricorrere ai prestiti bancari. Fonti: Verbali delle Riunioni del GMC (XXXVII a LV).

instauratesi tra i paesi; e la mancata armonizzazione delle politiche settoriali, che ha contribuito a mantenere le asimmetrie che caratterizzavano il blocco.

L'esistenza di asimmetrie così marcate tra paesi appartenenti a uno stesso progetto di integrazione rende squilibrati i livelli di sviluppo, richiedendo quindi l'attuazione di politiche correttive, volte a diminuire le disuguaglianze (VENABLES 2005). Un primo passo positivo in questo senso è stata la creazione, nel 2004, del Fondo di Convergenza Strutturale del Mercosur.

Alla necessità di completare il mercato comune si affiancano quindi altre sfide non meno rilevanti – quando non propriamente strumentali a tale obiettivo – quali la riduzione delle asimmetrie e il rafforzamento istituzionale del blocco, aspetto che approfondiremo di seguito.

## 2. — *Struttura Istituzionale del Mercosur.*

Il Trattato di Asunción ha dotato il Mercosur di una struttura transitoria. Dal 1991 al 1994, durante il cosiddetto “periodo di transizione”, il Mercosur ha quindi funzionato con una struttura organica minima.

Nel dicembre del 1994 è stato approvato il Protocollo di Ouro Preto (POP), accordo aggiuntivo al Trattato di Asunción, che ha stabilito la struttura istituzionale del Mercosur e gli ha dato personalità giuridica. Da allora non è stata apportata alcuna modifica significativa a questa struttura, composta da organi di natura intergovernativa, che prendono le decisioni per consenso.

I tre organi con potere decisionale del Mercosur sono:

- **Consiglio del Mercato Comune (CMC)**: responsabile per la conduzione politica del processo di integrazione, è composto dai Ministri degli Affari Esteri e dai Ministri dell'Economia degli Stati Membri, che ne assumono la Presidenza a rotazione in ordine alfabetico, ad ogni sei mesi – la cosiddetta Presidenza Pro Tempore <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> Decisione CMC 02/98: Regolamento Interno del CMC. Alcuni punti della decisione relativi allo svolgimento delle riunioni e altri aspetti operativi sono stati sostituiti dalla Decisione CMC 14/08.

- **Gruppo Mercato Comune (GMC):** come organo esecutivo del Mercosur, il GMC possiede fin dal Trattato di Asunción una serie di attribuzioni e responsabilità finalizzate all'adempimento del Trattato stesso, nonché al raggiungimento del mercato comune attraverso l'elaborazione di programmi di lavoro nei diversi settori che interessano l'integrazione regionale. Attualmente, vi sono circa duecento organi dipendenti dal GMC.
- **Commissione di Commercio del Mercosur (CCM):** incaricato di assistere il GMC in materia di politica commerciale (decisione CMC 09/94), è composto da quattro membri titolari e quattro supplenti per paese ed è coordinato dai rispettivi Ministeri degli Affari Esteri.

La struttura istituzionale del Mercosur è composta inoltre dai seguenti organi:

- **Parlamento del Mercosur (ex Commissione Parlamentare Congiunta)**

Tra le sue competenze, oltre alla sorveglianza sul rispetto delle norme del Mercosur e del regime democratico negli Stati Parti, vi sono quelle di avvicinare la società civile ed i settori produttivi della società al processo di integrazione ed accelerare l'incorporazione delle norme Mercosur negli ordinamenti giuridici degli Stati Membri (quest'ultima è già tra le funzioni della Commissione Parlamentare Mercosur)<sup>(5)</sup>.

Sebbene rappresenti un ulteriore passo verso il difficile processo di armonizzazione legislativa degli Stati Membri e verso l'avvicinamento della società civile al Mercosur, il Parlamento non ha poteri cogenti sui parlamenti nazionali. Non avendo quindi funzioni legislative, rappresenta da questo punto di vista una semplice prosecuzione della Commissione Parlamentare Congiunta.

- **Foro Consultivo Economico Sociale (FCES)**

Organo rappresentativo dei settori economici e sociali degli stati parti del Mercosur è costituito da un numero paritario di rappresentanti di ogni Stato Parte attraverso le Sezioni Nazionali, che definiscono in modo autonomo i settori economici e sociali che le compongono<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Decisione CMC 23/05.

<sup>(6)</sup> Risoluzione GMC 68/96, art. 01.

Il Foro ha un carattere strettamente consultivo e si manifesta attraverso le Raccomandazioni, che vengono sottoposte al Gruppo Mercato Comune.

#### **- Segreteria del Mercosur (SM)**

È stata istituita dal Protocollo di Ouro Preto come semplice organo di appoggio amministrativo e logistico agli altri organi del Mercosur. Nel 2002, durante il processo di ristrutturazione istituzionale per il quale passava il Mercosur, la Segreteria Amministrativa (SAM) è stata trasformata in Segreteria Tecnica (SM)<sup>(7)</sup>, e da allora ricopre una serie di ruoli che prevedono una partecipazione più dinamica al processo di costruzione regionale.

Una delle novità introdotte è stata la creazione del settore “Assistenza tecnica”, che ha come scopo ultimo quello di contribuire alla formazione di uno spazio di riflessione comune sullo sviluppo e sul consolidamento del Mercosur.

#### **- Tribunale Permanente di Revisione del Mercosur (TPR)**

Creato con la firma del Protocollo di Olivos per la soluzione delle controversie nel 2002, il Tribunale, con sede in Asunción, rappresenta il secondo grado di giurisdizione regionale – mentre i Tribunali ad hoc ne rappresentano il primo – nel sistema di soluzione delle controversie del Mercosur<sup>(8)</sup>.

Ricopre basicamente tre funzioni: la revisione delle decisioni dei Tribunali ad hoc; l'assunzione di una decisione – sotto richiesta delle parti e con decisione inappellabile ed obbligatoria per i paesi membri - nella soluzione dei conflitti, senza passare per i Tribunali ad hoc; e la formulazione di opinioni consultive – non vincolanti - quando sollecitato dagli Stati Membri, dagli organi del Mercosur con capacità decisionale e dai Tribunali Superiori degli Stati Parti con giurisdizione nazionale (artt. 03, 17, 20-23, 28).

---

<sup>(7)</sup> Decisione 30/02 del Consiglio. Attualmente la Segreteria si divide in quattro settori (Decisione CMC 07/07 – Ristrutturazione della SM – Allegato I della decisione).

<sup>(8)</sup> Il Protocollo di Olivos deroga il Protocollo di Brasilia per la soluzione delle Controversie del 1991 e aggiorna il sistema delle soluzioni delle controversie fra gli Stati membri.

L'esistenza di un Tribunale Superiore nel Mercosur dovrebbe favorire la creazione di una giurisprudenza regionale mercosuriana <sup>(9)</sup>.

### 2.1. — *Il funzionamento del Mercosur.*

I tre organi decisionali svolgono le proprie funzioni avvalendosi di una serie di altri organi tecnici (commissioni, comitati, riunioni specializzate, sottogruppi di lavoro, ecc.) creati appositamente per la elaborazione di piani operativi di lavoro o per il monitoraggio di specifiche tematiche nell'ambito del Processo di integrazione.

Ci sono attualmente circa 260 organi Mercosur, per lo più di istanze tecniche subordinate agli organi decisionali, la "tecnoburocrazia dell'integrazione". Suddetti organi non hanno una sede fissa ed i loro rappresentanti - funzionari ministeriali o di altre istituzioni pubbliche nazionali - si incontrano in occasione delle riunioni ordinarie o straordinarie stabilite dai rispettivi regolamenti interni, e normalmente nel Paese che in quel momento esercita la Presidenza Pro Tempore.

I costi necessari al loro mantenimento sono sostenuti da ciascun paese, che distacca presso una sua propria struttura (per lo più i ministeri) i funzionari pubblici che dovranno occuparsi, per il loro specifico settore, anche dell'agenda del Mercosur.

Ciò implica un costo che alcuni paesi trovano difficoltà a sostenere e che quindi affrontano utilizzando funzionari con più carichi contemporaneamente. Questa situazione, riportata in occasione di interviste e conversazioni con il personale diplomatico dei paesi del Mercosur, riguarda soprattutto i paesi più piccoli (come è il caso del Paraguay). È quindi normale che un funzionario svolga il suo lavoro tenendo in conto l'agenda della politica interna, ma anche quella della politica estera regionale.

---

<sup>(9)</sup> J. FONTOURA, *A Participação dos Particulares no Processo de Solução de Controvérsias*, in *VIII Seminario Jurídico: La dimension jurídica de la integracion*, Rosario, 2003.

Dal punto di vista operativo, gli organi di assistenza elaborano i documenti tecnici secondo l'agenda del momento e li sottopongono agli organi decisionali, che deliberano in merito.

## 2.2. — *I problemi di ordine istituzionale.*

Come si è già detto, il Mercosur è un processo di integrazione con un modello sostanzialmente intergovernativo e non possiede istituzioni sovranazionali. Ha un sistema decisionale per consenso e la validità della normativa emanata nel suo ambito dipende dalla sua internalizzazione negli ordinamenti giuridici nazionali.

La intergovernatività e la decisione per consenso favoriscono il protrarsi di una mentalità nazionalista ancora dominante nei paesi membri, rendendo difficile la presa di decisione in favore di una più ampia "regionalità".

### 2.2.1. — *Il sistema decisionale.*

La decisione per consenso presuppone la presenza di tutti e quattro i paesi membri al tavolo delle discussioni – a qualsiasi livello – e dà a ciascuno di loro potere di veto su tutte le decisioni, che possono essere prese soltanto all'unanimità.

Se il "gran difetto" del Mercosur è il rischio di paralisi del processo di integrazione dovuto al mancato raggiungimento del consenso – come, di fatto, è avvenuto più volte –, la "grande virtù", originata dallo stesso consenso, dovrebbe essere la ferma convinzione dei Paesi su una decisione presa dopo lunghe trattative.

Questo senso di appropriazione che si sottintende debba avvenire, non necessariamente sussiste, poiché l'entrata in vigore della norma dipende dall'ulteriore approvazione da parte dei Parlamenti nazionali. Quindi l'approvazione di una decisione da parte di un Paese in sede di negoziazione quadripartita non costituisce necessariamente la volontà di quel Paese di metterla in pratica.

### 2.2.2. — *L'internalizzazione normativa.*

Le norme approvate dagli organi del Mercosur – decisioni del Consiglio,

risoluzioni del Gruppo o direttive della Commissione, non costituiscono diritto comunitario, ma soltanto diritto internazionale.

Le norme sono quindi obbligatorie per gli Stati parti (art. 42 del POP), ma loro entrata in vigore avviene soltanto a seguito del loro recepimento all'interno degli ordinamenti giuridici di ciascun paese, mediante i processi parlamentari – o amministrativi – nazionali vigenti (artt 38 a 40, POP)<sup>(10)</sup>. Non ci sono meccanismi per accelerare questo processo, o per punire chi non lo rispetta, e la politica rimane al di sopra del diritto<sup>(11)</sup>.

Vi è inoltre un'asimmetria giuridica tra i paesi del Mercosur. Mentre Argentina e Paraguay riconoscono la superiorità gerarchica dei trattati internazionali rispetto alle leggi nazionali e anche alla stessa Costituzione, in Brasile e in Uruguay i trattati internazionali non prevalgono sulla Costituzione e neanche sul diritto interno infra-costituzionale, equivalendo soltanto alle leggi nazionali, e quindi possono essere facilmente modificate da queste ultime<sup>(12)</sup>.

Tornando all'aspetto virtuoso del consenso, di dotare cioè i negoziatori dei quattro paesi del mandato di appropriazione relativo ad una determinata decisione – il che potrebbe neutralizzare la lentezza decisionale dovuta al proprio consenso – si può affermare che l'obbligo di internalizzare la normativa ne cancella, a sua volta, questo potenziale benefico.

### 2.3. — *L'agenda istituzionale a partire dal 1999.*

Consapevoli della fragilità istituzionale che caratterizza il Mercosur, i vertici dei quattro paesi hanno da circa un decennio introdotto, a carattere alquanto permanente, la tematica nell'agenda del blocco.

Il Programma di Lavoro approvato dal Mercosur nel 2003 (Decisione

---

<sup>(10)</sup> Le norme non hanno bisogno di incorporazione quando, a) per intendimento dei paesi, trattano temi relativi al funzionamento interno del Mercosur o b) quando il loro contenuto è già compreso nella legislazione nazionale di uno o più Stati parti. Decisione CMC 23/00, Art. 5, a) e b).

<sup>(11)</sup> Un esempio evidente di questa caratteristica è il caso dell'adesione del Venezuela al Mercosur, possibile solo dopo la sospensione temporanea del Paraguay.

<sup>(12)</sup> P. B. ABREU DALLARI, *O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro*, in Basso, Maristela (org) *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

CMC 26/03)<sup>(13)</sup> prevedeva il trattamento di sette questioni fondamentali, tra cui il sistema della soluzione delle controversie; la trasformazione della Segreteria del Mercosur; la creazione di un Centro di Promozione dello Stato di Diritto; la partecipazione del settore privato nel processo di integrazione e la creazione di un meccanismo per l'incorporazione automatica delle norme agli ordinamenti nazionali.

Poco dopo, in occasione del Vertice di Iguazu del 2004, i rappresentanti dell'Uruguay si sono spinti più avanti, manifestando la volontà di rivedere tutta la struttura istituzionale, attraverso la sostituzione del Protocollo di Ouro Preto.

Per un certo periodo la questione istituzionale si è mossa a due velocità: da una parte con l'attuazione del Programma di Azione 2004-2006 e le sue tematiche puntuali, e dall'altra, attraverso il tentativo - di carattere più politico e quindi più delicato - di rivedere tutta la struttura,.

La riforma del Protocollo di Ouro Preto consentirebbe basicamente di far confluire in un unico strumento internazionale le diverse modifiche introdotte nel blocco con il passare degli anni. Tuttavia i paesi, divergenti riguardo alla natura, il ruolo e le funzioni di una serie di organi, non sono giunti a un accordo e la questione si è andata man mano affievolendo<sup>(14)</sup>.

Nel dicembre del 2005 è stato creato dal CMC il Gruppo ad Hoc di Alto Livello (GANRI), incaricato di elaborare, nell'arco di un anno, una proposta integrale di riforma istituzionale del Mercosur (Decisione CMC 21/05) basata su due considerazioni: la necessità di operare un aggiornamento istituzionale al fine di consolidare gli obiettivi raggiunti ed adattare il blocco alle nuove esigenze del processo, nonché la facoltà prevista dal Protocollo di Ouro Preto di convocare una Conferenza Diplomatica per rivedere la struttura istituzionale del Mercosur.

---

<sup>(13)</sup> Successivamente le decisioni CMC 51/04 e 11/05 hanno prorogato i termini stabiliti dalla Decisione 26/03 per il raggiungimento degli obiettivi dal Programma, che non sono mai stati raggiunti nella loro interezza.

<sup>(14)</sup> Intal. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo. Informe Mercosur n. 09 – 2003-2004, 2004, Buenos Aires.

L'idea era pertanto quella di procedere ad una revisione istituzionale integrale, al suo più alto livello, riprendendo la proposta uruguayana dell'anno anteriore.

Tuttavia nel dicembre 2006 il CMC, riconoscendo l'eccessiva ambizione dell'obiettivo e gli scarsi risultati raggiunti fino a quel momento, ha definito alcuni temi prioritari sui quali il GANRI avrebbe dovuto elaborare una proposta entro il 2007 (Decisione CMC 29/06). Fra i punti nodali identificati vi era la ristrutturazione degli organi decisori del Mercosur e degli organi subordinati; il perfezionamento del sistema di incorporazione, vigenza e applicazione della normativa Mercosur; l'ottimizzazione delle funzioni della SM; il perfezionamento del sistema di soluzione delle controversie e l'adozione di un bilancio che finanziasse integralmente la struttura istituzionale.

Visto che il GANRI non riusciva a raggiungere il consenso necessario all'approvazione di un documento comune, il CMC gli ha concesso nel 2007 un'ulteriore proroga e ridefinito i seguenti obiettivi prioritari, sui quali era richiesta l'elaborazione di una proposta entro il giugno 2008 (Decisione CMC 56/07):

- i) ristrutturazione degli organi decisori e subordinati;
- ii) Perfezionamento e rafforzamento del sistema di soluzione delle controversie;
- iii) Perfezionamento del sistema di incorporazione, vigenza e applicazione della normativa regionale;
- iv) Un bilancio generale che comprendesse i bilanci della SM e della Segreteria del Tribunale Permanente di Revisione.

Dopo cinque anni di funzionamento e diverse proroghe concesse dal CMC per il completamento del lavoro, il GANRI non è mai giunto a una proposta comune<sup>(15)</sup>, poiché le posizioni politiche dei quattro paesi erano diverse in molti punti.

La soluzione trovata dal Mercosur è stata la creazione nel 2010 di un ul-

---

<sup>(15)</sup> Decisioni collegate: Decisioni CMC 09/07 - Riforma Istituzionale; e 17/07 - Proroga del termine della CMC 09/07

teriore organo, questa volta vincolato al GMC, la “Riunione di Alto Livello per l’Analisi Istituzionale del Mercosur, che ricopre in linea di massima gli stessi compiti del GANRI.

#### 2.4. — *I risultati raggiunti in termine di rafforzamento istituzionale.*

Alcuni risultati sono arrivati a partire dal 2002, quando il Mercosur ha finalmente iniziato ad approvare importanti decisioni in materia di rafforzamento istituzionale, raggiungendo comunque tre obiettivi: la creazione di un Tribunale di Revisione Permanente; la creazione del Parlamento del Mercosur e la trasformazione della Segreteria Amministrativa del Mercosur in Segreteria Tecnica.

La trasformazione della Segreteria Amministrativa del Mercosur (SAM) in Segreteria Tecnica (SM), partendo dal riconoscimento dell’assenza di un’istituzione regionale, ha dotato il Mercosur di un organo tecnico, che deve *contribuire alla formazione di uno spazio di riflessione comune sullo sviluppo e la consolidazione del processo di integrazione* (Allegato I della Decisione CMC n° 30/02).

L’adozione di una nuova struttura e l’assegnazione di altre funzioni oltre a quelle prevalentemente amministrative rappresentano un primo passo verso la costruzione di un’istanza indipendente, con sede propria e composta da funzionari dei quattro stati membri che lavorano insieme.

Nell’ambito di queste nuove funzioni, la SM ha preparato nel 2003 un documento di lavoro, nel quale riconosce che

*il basso profilo istituzionale del blocco ha funzionato in modo soddisfacente fin quando le questioni di rilievo erano di carattere commerciale o tariffario. Tuttavia si è dimostrato insufficiente per affrontare questioni più complesse. La base intergovernativa e politica che predomina in tutti i livelli di funzionamento sostanziale del Mercosur fa sì che si amplifichi la visione settoriale con la quale i negoziatori governativi affrontano gli argomenti dell’integrazione*<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Intal. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo. Informe Mercosur n. 09 – 2003-2004, 2004, Buenos Aires, p. 66.

Dall'elaborazione di questo studio ai giorni nostri poco è cambiato dal punto di vista del rafforzamento istituzionale, inteso non soltanto come creazione di nuovi organi, ma soprattutto come capacità di fare scelte indipendenti e di portare avanti, con una certa autonomia, le decisioni prese in ambito regionale.

Un risultato più recente ed emblematico nella strategia per il rafforzamento istituzionale è stata la creazione, nel dicembre 2010, dell'Alto Rappresentante Generale del Mercosur (Decisione n°63), che deve rappresentare gli interessi del blocco. L'istituzione di questa carica, per la quale è stato costituito un bilancio dedicato e un piccolo ufficio di appoggio, indica una posizione favorevole all'approfondimento dell'integrazione. Tuttavia non è ancora possibile valutare se l'Alto Rappresentante troverà le condizioni necessarie per eseguire tutte le funzioni assegnategli <sup>(17)</sup>.

### 3. — *I deficit di capacità di risposta.*

I processi di integrazione non si costruiscono sulla base di “affinità ideologiche” dei governi ma richiedono la solidità di costruzioni istituzionali fra differenti <sup>(18)</sup>, il che implica l'attuazione di sforzi comuni necessari al funzionamento quotidiano di un processo regionale.

Ancora oggi questi sforzi si manifestano più nella retorica dei discorsi politici che non nella messa in atto di misure concrete finalizzate a ridurre quei problemi di funzionamento che compromettono la democraticità del governo quotidiano del Mercosur come l'opacità delle sue negoziazioni, le

---

<sup>(17)</sup> Il Diplomatico brasiliano Samuel Pinheiro Guimarães, primo Alto Rappresentante nominato, si è dimesso nel luglio 2012 allegando mancanza di appoggio politico per portare avanti le sue proposte. Per i Paesi, non è mai mancato l'appoggio a Pinheiro, che si sarebbe dimesso per altre ragioni. Articolo su Carta Capitale: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/brasileiro-deixa-cargo-de-alto-representante-geral-do-mercosul/>.

<sup>(18)</sup> G. CAETANO, *Mercosur: Quo Vadis?, in Umbrales de América del Sur*, Dicembre 2006/ Marzo 2007, 1, pp. 51-64.

restrizioni causate dal modello interpresidenzialista<sup>(19)</sup> o la limitazione della partecipazione più effettiva dei Parlamenti e degli attori della società civile.

Nel 1995 Jorge Grandi ha categorizzato questi problemi definendoli “deficit di capacità di risposta”, che non permettono al Mercosur di dare le risposte adeguate alle sfide attuali del processo di integrazione (GRANDI 1995). Nonostante vi siano stati importanti risultati raggiunti nell’arco di questi anni, riproponiamo l’elenco elaborato da Grandi per descrivere quelli che consideriamo tutt’ora i maggiori ostacoli endogeni all’approfondimento dell’integrazione. Sono i seguenti:

- 1) Deficit di direzionalità: relativo agli obiettivi strategici di ciascun paese ed al divario esistente tra gli obiettivi dichiarati e quelli realmente ricercati. Con un richiamo a Ernst Haas, Grandi sottolinea la necessità di abbandonare la “poligamia” di doppie o triple lealtà praticata dai governi, e di definire un’unica priorità di integrazione;
- 2) Deficit di gestione: si riferisce alla difficoltà per i paesi del Mercosur di costruire un’unica posizione negoziale e di trovare una procedura di gestione che riesca ad articolare tutte quelle difficoltà derivate dal processo di integrazione stesso<sup>(20)</sup>;
- 3) Deficit democratico e sociale: relativo alla mancanza di partecipazione della società nel processo di integrazione.
- 4) Deficit giuridico-istituzionale: riguarda la difficoltà di creare – e, quando

---

<sup>(19)</sup> Alcuni studiosi definiscono il Mercosur come un sistema interpresidenzialista, vale a dire, basato sulla diplomazia presidenziale. Si tratta di un meccanismo inteso come *il ricorso tradizionale per le negoziazioni dirette fra i presidenti nazionali ogni qual volta si renda necessario prendere una decisione cruciale o sempre che vi siano conflitti critici da risolvere*. A. MALAMUD, *Presidentialism and Mercosur: A Hidden Cause for a Successful Experience*, in (a cura di) LAURSEN FINN, *Comparative Regional Integration: Theoretical Perspectives*. Londra, 2003, pp. 53-73; M. MEDEIROS, *Prerrogativas estatales e integración regional: la supranacionalidad como condición necesaria de la lógica distributiva*, in (a cura di) R. BRICENO RUIZ, J. BUSTAMANTE, A. MARLENY, *La integración Latinoamericana entre regionalismo abierto y globalización*, Universidad de los Andes, 2002, pp. 110-131; G. CAETANO, *Mercosur: Quo Vadis?*, cit.; A. DE NÚÑEZ, *La diplomacia presidencial*, in *Archivos del Presente*, 1997, vol. 10, n° 3, pp. 133-139; S. DANESE, *Diplomacia presidencial*, in *Historia e crítica*, 1999.

<sup>(20)</sup> Grandi propone inoltre la suddivisione in tre deficit di gestione: nazionale, intra-processo e inter-processo.

necessario, di estinguere – le istituzioni regionali; porta all’incapacità giuridica di rispettare gli accordi pattuiti;

- 5) Deficit di monitoraggio e valutazione (o deficit di informazione): relativo alla mancanza di memoria storica del processo di integrazione. Per Grandi, portare alla luce le informazioni relative alla storia delle negoziazioni (che potrebbe essere una funzione della Segreteria del Mercosur) eviterebbe di commettere gli stessi errori del passato e aumenterebbe la probabilità che ciò che è stato negoziato sia effettivamente rispettato. A questo fine sarebbe necessaria l’articolazione non soltanto mediante lo Stato centrale, ma soprattutto con il coinvolgimento di provincie, comuni, e altri attori della società attraverso un canale di comunicazione rapido e trasparente;
- 6) Deficit di formazione: legato a tutti gli altri deficit e soprattutto a quello di direzionalità. Per Grandi, due risultati necessari al raggiungimento di un’integrazione più avanzata è la formazione di funzionari pubblici in ambito regionale e la cooperazione in reti, affinché l’articolazione dei diversi ambiti – accademico, diplomatico, scolastico, ecc - porti ad un valore aggiunto che permetta di affrontare i differenti deficit di capacità esistenti nella regione.

Sulla base di queste analisi, possiamo individuare alcuni elementi comuni che ci si trovano alla base del deficit di governance e delle fragilità istituzionali esistenti attualmente nel Mercosur<sup>(21)</sup>. Il problema della governance potrebbe quindi essere considerato da due livelli o da due direzioni di causalità e responsabilità: quello politico (o apicale) e quello cittadino (o partecipativo).

Il livello politico-apicale, individuato nei deficit di direzionalità, di gestione, giuridico-istituzionale e di formazione, e nella mancanza di credibilità istituzionale, è relazionato al modello “interpresidenzialista” su cui si assenta il Mercosur e alle incongruenze politiche dei paesi membri (i cui discorsi a favore dell’integrazione non vengono accompagnati dalle misure correttive necessarie alla sua effettuazione).

---

<sup>(21)</sup> R. BOUZAS, *Regional Governance Institutions, Asymmetries, and Deeper Integration in Mercosur*, cit.

Invece i deficit democratico - sociale e informativo (o di monitoraggio e valutazione) possono trovare la loro causalità anche nel livello cittadino-partecipativo.

Ovviamente non è possibile distinguere nettamente le cause ed i loro responsabili, in quanto i problemi verificatesi nei due livelli si retro alimentano senza soluzione di continuità. Tuttavia la divisione in due livelli o direzione di causalità può essere un esercizio utile all'identificazione di possibili soluzioni al più esteso deficit di governance del Mercosur.

Sotto questo aspetto, se da una parte possiamo includere l'assenza di una cultura regionale, "mercosuriana", nel livello cittadino-partecipativo, dall'altra parte il livello di cultura comunitaria instauratosi in un processo regionale è un indicatore altrettanto importante della volontà politica di procedere verso tale direzione.

#### 4. — *Appunti sul rafforzamento istituzionale nel Mercosur.*

Un'integrazione profonda deve includere ma anche trascendere i temi commerciali. I mercati ampliati e le discipline comuni risultanti dagli accordi di integrazione devono essere completati da convergenze che facilitino l'adozione di iniziative congiunte in settori non strettamente commerciali, anche perché alcune misure politiche potrebbero avere più impatto sul commercio che non i semplici accordi formali<sup>(22)</sup>.

Altre iniziative importanti che dovrebbero rientrare in un'agenda ampliata dell'integrazione sono l'attuazione di politiche regionali volte a ridurre il trattamento delle asimmetrie esistenti fra i paesi mediante la protezione degli interessi dei paesi più piccoli dinanzi a quelli più forti, nonché il rafforzamento di istituzioni regionali che garantiscano l'applicazione della normativa transnazionale.

---

<sup>(22)</sup> R. BAUMANN, *Regional Trade and Growth in Asia and Latin America - The Importance of Productive Complementarity*, in World Bank. Conference held, 03 novembre 2010.

Sulle asimmetrie esistenti fra i paesi del Mercosur, molti autori sostengono che senza l'elaborazione di politiche pubbliche adeguate che aiutino a rimuovere gli ostacoli provenienti dalle asimmetrie, queste tendono a mantenersi se non addirittura ad accentuarsi <sup>(23)</sup>.

Soltanto nel biennio 2004/2005 i vertici del Mercosur hanno adottato una misura concreta per la diminuzione delle asimmetrie e per una più equa distribuzione degli effetti dell'apertura commerciale tra i paesi membri, con la creazione del Fondo di Convergenza Strutturale del Mercosur (FOCEM) <sup>(24)</sup>.

Sul fronte istituzionale, dal 2002 sono state approvate importanti decisioni in materia, con la creazione di un Tribunale di Revisione Permanente (previsto dal nuovo protocollo sul sistema di soluzione delle controversie), la trasformazione della Segreteria Amministrativa del Mercosur in Segreteria Tecnica e la creazione del Parlamento del Mercosur.

Tuttavia l'insicurezza giuridica – e quindi l'inaffidabilità del processo stesso – permane nel Mercosur. Secondo dati risalenti al 2008, dalle 1130 norme approvate dal 1991 che richiedevano l'incorporazione agli ordinamenti giuridici nazionali, soltanto 531 pari al 47% erano state incorporate

---

<sup>(23)</sup> R. BOUZAS, *Regional Governance Institutions, Asymmetries, and Deeper Integration in Mercosur* cit., Intal. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo. Informe Mercosur n. 09 – 2003-2004, 2004, Buenos Aires; V. DA MOTTA VEIGA, S. P. RÍOS, *O regionalismo pós liberal na América do Sul: origens, iniciativas e dilemas*, CEPAL - División de Comercio Internacional e Integración, Santiago del Cile, 2007; J. CRESTA ARIAS, *Asimetrías en el Mercosur. Un enfoque macroeconómico*, in *Asimetrías en el Mercosur: impedimento para el crecimiento?*, in *Red Mercosur*, 2008, vol. 12, Montevideo; A. VENABLES, *Regional disparities in regional blocs: theory and policy*, in *Deepening integration in Mercosur dealing with disparities*, in J. BLYDE (a cura di), *Inter-American Development Bank (IDB)*, Washington DC, 2008, p. 41-58.

<sup>(24)</sup> Inspirato ai Fondi Strutturali e di Coesione della UE, il FOCEM ha un carattere redistributivo, visto che Paraguay e Uruguay contribuiscono con il 3% del suo bilancio, e hanno diritto all'80% delle risorse. Il suo obiettivo è finanziare i programmi finalizzati a promuovere la convergenza strutturale, sviluppare la competitività, promuovere la coesione sociale, in particolare per le economie minori e per le regioni meno sviluppate, appoggiare il funzionamento della struttura istituzionale e rafforzare il processo di integrazione. Decisioni del Consiglio relative alla creazione del FOCEM: 26/03, 27/03; 19/04 - Gruppo di Alto Livello per i fondi strutturali; 45/04, 18/05 - Creazione del FOCEM; 24/05 - Regolamento FOCEM.

ovverosia erano entrate in vigore nei quattro paesi <sup>(25)</sup>. Vale a dire che dal punto di vista formale il processo di integrazione esiste soltanto a metà.

Entrambe le misure – diminuzioni delle asimmetrie e rafforzamento istituzionale - quando non si rivelano necessarie alla sopravvivenza stessa del processo di integrazione, aumentano la sua affidabilità e stimolano la cooperazione dei diversi attori sociali in esso inseriti, favorendo la creazione di filiere di valore che contribuiscano alla crescita economica con equità sociale <sup>(26)</sup>.

Il progresso del Mercosur dipende quindi dalla costruzione di istituzioni regionali più solide ed efficaci nell'applicazione della normativa regionale. Queste istituzioni dovrebbero inoltre svolgere un ruolo critico a tutela degli interessi dei paesi più piccoli, e collaborare altresì nell'azione di mediazione fra gli interessi in conflitto che possano sorgere tra i paesi membri <sup>(27)</sup>.

È altrettanto necessario aumentare il coordinamento delle diverse istituzioni nazionali vincolate alle politiche interessate ai processi di internazionalizzazione. In questo senso, va sottolineata l'importanza del coordinamento interagenziale e dell'approccio integrato delle politiche. Senza negare

---

<sup>(25)</sup> Intal. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo. Informe Mercosur 2008, Buenos Aires.

<sup>(26)</sup> Intal. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo. Informe Mercosur 2006, Buenos Aires; J. CRESTA ARIAS, *Asimetrías en el Mercosur. Un enfoque macroeconómico*, cit.; R. BOUZAS, P. MOTTA VEIGA, *La experiencia europea en el tratamiento de las asimetrías estructurales y de política: implicaciones para el Mercosur*, *Asimetrías en el Mercosur: ¿impedimento para el crecimiento?*, in *Red Mercosur*, 2008, vol. 12. Montevideo, p. 120-175; A. VENABLES, *Regional disparities in regional blocs: theory and policy*, in *Deepening integration in Mercosur; dealing with disparities*, in J. BLYDE (a cura di), *Inter-American Development Bank (IDB)*, 2008, Washington DC, p. 41-58; Cepal - Comisión Económica para América Latina y el Caribe; Naciones Unidas, *Crisis internacional y oportunidades para la cooperación regional*, LC/R.2150, Santiago de Chile, 2008; O ROSALES, N. MULDER, M. LAFLEUR, *Commercio e inserimento internazionale dell'America Latina e dei Caraibi nel nuovo contesto globale*, in *America Latina e Caraibi nel nuovo contesto internazionale*, Collana di Studi Latinoamericani – Economia e Società n 4, Istituto Italo Latinoamericano, 2009, Roma..

<sup>(27)</sup> J. L. MACCHINEA (a cura di), *America Latina – Caraibi nel XXI secolo: da dove viene, dove va*, in *America Latina e Caraibi – tendenze economiche e prospettive di sviluppo*, Collana di Studi Latinoamericani – Economia e Società. Istituto Italo Latinoamericano (IILA), 2008, Roma.

l'esistenza di un certo grado di coordinamento, la vera necessità è quella di costruire programmi condivisi, nei quali i diversi interessi territoriali e settoriali siano manifestati, e vi sia una divisione di responsabilità ben definita<sup>(28)</sup>.

Per farlo, si dovrebbe partire dalla creazione e dal consolidamento di spazi di cooperazione e intercambio fra i paesi che consentano l'incorporazione di lezioni apprese, la diffusione di buone pratiche e la divulgazione di informazioni utili al prosieguo delle politiche regionali.

Alcuni tentativi sono stati fatti in questo senso. Un esempio è stata la già accennata trasformazione della Segreteria del Mercosur, che da allora ricopre funzioni tendenti alla costruzione di uno spazio di riflessione sulle sfide ed i traguardi dell'integrazione regionale<sup>(29)</sup>.

Sulla stessa linea, nel 2007 è stato creato l'Istituto Mercosur di Formazione (IMEF), organo regionale finalizzato alla formazione di risorse umane, soprattutto di funzionari delle pubbliche amministrazioni, nelle tematiche dell'integrazione regionale<sup>(30)</sup>.

Ma i risultati effettivi di questi tentativi sono molto scarsi. I paesi membri, dopo vent'anni dalla creazione del Mercosur, continuano a mantenere il sistema intergovernativo e la necessità di incorporazione normativa agli ordinamenti nazionali.

Come abbiamo visto, questa strategia politica, che da una parte dà agli Stati membri la possibilità di veto in tutti i settori e in qualsiasi livello di negoziazione e dall'altra rallenta e talvolta svuota di contenuto il processo di legiferazione regionale (di competenza dei tre organi con potere decisionale), rende difficile la governance del Mercosur<sup>(31)</sup>.

Vi è inoltre una refrattarietà nei confronti di iniziative che promuovono la trasparenza e lo scambio di informazione, sia all'interno della Segreteria del Mercosur, sia fra gli attori nazionali della tecno burocrazia regionale.

---

<sup>(28)</sup> O. ROSALES, *La globalización y los nuevos escenarios del comercio internacional*, in *Revista CEPAL* 97, 2009, p. 77-95.

<sup>(29)</sup> Decisione del Consiglio del Mercato Comune n° 30 del 2001

<sup>(30)</sup> Decisione del Consiglio del Mercato Comune n° 04 del 2007

<sup>(31)</sup> R. BOUZAS, *Regional Governance Institutions, Asymmetries, and Deeper Integration in Mercosur*, cit.

Già negli anni novanta si discuteva sulla necessità di includere nei dibattiti del Mercosur la preoccupazione sulla sua immagine dinanzi l'opinione pubblica e di rendere più trasparente ed aperto il processo decisionale interno<sup>(32)</sup>.

Passati vent'anni da queste riflessioni, i problemi persistono ancora. Il nuovo regolamento della Segreteria del Mercosur approvato nel 2007 ha stabilito come una delle funzioni del settore "Divulgazione" l'elaborazione di un piano annuale di divulgazione, sul quale non sono state fornite ulteriori informazioni.

Questa debolezza è stata particolarmente messa in evidenza da uno studio elaborato nel 2008, che ha evidenziato come la mancanza di informazione incida negativamente anche sui funzionari della tecno burocrazia, che lavorano direttamente nell'ambito di sottogruppi di lavoro, comitati, ed altri organi tecnici (AIRES CAMPOS et al 2008).

Emerge quindi la necessità di consolidare il rapporto tra la cittadinanza ed il Mercosur. Il consolidamento di questo rapporto richiede importanti interventi statali, articolati in più livelli: politico, istituzionale, economico, e culturale. Per sopperire le carenze istituzionali che abbiamo visto in precedenza, la creazione di organi non basta: è necessario in primo luogo un ammodernamento delle istituzioni e dei meccanismi di interazione tra le diverse istanze del Mercosur. La sua attuale configurazione, eccessivamente burocratizzata e centralizzata – tre soli organi (di livello ministeriale e presidenziale) con poteri decisionali e più di duecento organi tecnici – rallentano qualsivoglia processo dialogico con gli attori esterni al processo e ricondu-

---

<sup>(32)</sup> M. H. TACHINARDI, *La experiencia del Mercosur: Progresos y Dificultades en la Difusión de Cuestiones Relativas a la Integración e Impacto sobre la Opinión Pública*, in *La Integración Regional y los Medios de Comunicación: Implicaciones y Desafíos*. Montevideo, 1995; J. Castro, *Integración y comunicación: El Caso del Mercosur*, in *Integración Regional, Estrategias de Comunicación y Desafíos de Formación: Perspectivas para la Información Pública.*, Montevideo, 1997; J. RAVENTOS, *Integración y comunicación: El Caso del Mercosur*, in *Integración Regional, Estrategias de Comunicación y Desafíos de Formación: Perspectivas para la Información Pública*, Montevideo, 1997; I. F. AIRES CAMPOS, A. PEREZ RUIZ DIAZ, J. DÍAZ ESPINOSA, WASHINGTON, A. GARCÍA RODRIGUEZ, *Programa de optimización para la divulgación de la Secretaría del Mercosur*, Proyecto final. Curso de Alta Formación para funcionarios operativos. Instituto Mercosur de Formación, Montevideo, 2008.

cono ogni decisione ad un livello inopportunamente alto.

Invece un'attitudine alla cooperazione in tutti i livelli potrebbe portare al rafforzamento delle capacità degli Stati e del Mercosur stesso per attuare le politiche regionali nei diversi settori dell'integrazione.

Non c'è dubbio che le riforme di cui necessita il Mercosur debbano partire dai livelli governativi più alti, perché l'avanzo o il retrocesso del Mercosur dipende da una volontà politica. Tuttavia il rafforzamento dell'istituzionalità mercosuriana passa anche attraverso la costruzione e la diffusione di una cultura di solidarietà tra i paesi membri. Questa contaminazione positiva potrebbe partire dalla tecno burocrazia mercosuriana, ovvero dai tecnici pubblici responsabili per l'elaborazione di nuovi standard regionali o per l'armonizzazione delle politiche nazionali a quelle regionali, che lavorano nei diversi organi tecnici subordinati soprattutto al Gruppo del Mercato Comune.

Questa classe di funzionari – cosiddetta “denazionalizzata”<sup>(33)</sup> o “tecnoburocrata”<sup>(34)</sup> – viene spesso sottovalutata, quando non proprio “demonizzata”<sup>(35)</sup>, mentre invece, gettando un ponte tra l'ambito nazionale e quello regionale, potrebbe rappresentare un importante capitale sociale, necessario all'approfondimento dell'integrazione<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, Trad. P. Arlorio, Torino, 2008.

<sup>(34)</sup> J. GRANDI, L. BIZZOZERO, *Hacia una sociedad civil del Mercosur: viejos y nuevos actores en el tejido subregional*, in *Revista Colombia Internacional*, 199, n° 40, pp. 35-51.

<sup>(35)</sup> L. SKLAIR, Leslie. *Democracy and the Transnational Capitalist Class*, in *ANNALS, AAPSS*, 2002, 581, pp. 144-157; S.S. ROBINSON, *Towards a Neopartheid system of governance with it tools*, in *Social Science Research Council - IT & Governance study group Memo Number Four*, Universidad Metropolitana, México, DF. 2004.

<sup>(36)</sup> S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, cit.; A. M. SLAUGHTER, *A new world order*, Princeton, 2004.

STEFANIA CATANOSI\*

## LA TUTELA DELLA PRIVACY NEL MERCATO DIGITALE EUROPEO<sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La protezione dei dati personali nell' "agenda digitale europea" e il processo di revisione avviato in materia di e-privacy dopo la direttiva 2009/136/CE. — 3. Alle origini della costruzione di un modello europeo di tutela della privacy: appunti per una comparazione. — 3.1. La direttiva 95/46/CE e la sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia: il caso Lindqvist. — 4. Le sfide poste da Internet e dall'emergenza terroristica: il caso PNR. — 5. Supervisione europea e privacy globale. — 6. La tutela della privacy nella lotta per l'egemonia culturale tra modelli dominanti. — 7. Alla ricerca di nuove strategie di tutela tra legislazione, autosufficienza tecnologica e mercato.

### 1. — *Introduzione.*

Nell'affrontare il tema della tutela della privacy con riferimento al mercato digitale europeo, corre l'obbligo di indicare preliminarmente cosa si intende per tutela della privacy e per mercato digitale europeo. Quando si parla della prima, infatti, si può fare riferimento a situazioni giuridiche assai diverse, che in parte sono riconducibili al più generale diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e in parte al diritto alla protezione dei dati personali, prendendo le mosse da una distinzione che, peraltro, ormai è

---

\* Assegnista di ricerca della Regione Umbria presso l'Università degli Studi di Perugia.

<sup>(1)</sup> Il testo riproduce, con le necessarie integrazioni, la lezione svolta nell'ambito del Dottorato di Ricerca Europeo e Internazionale in Società della Conoscenza e Disciplina del Mercato Comune, presso l'Università degli Studi di Perugia, il 22 settembre 2011. I dati esposti sono frutto di una più ampia ricerca svolta all'interno del progetto intitolato "Nuove infrastrutture tecnologiche immateriali e problematiche giuridiche legate al mercato digitale", cofinanziato dal Fondo Sociale Europeo (FSE) nell'ambito del Programma Operativo Regionale (POR) Umbria, FSE "Obiettivo Competitività Regionale e Occupazione" 2007-2013.

scandita anche dalla Carta dei diritti dell'Unione europea, la quale riconosce entrambi questi diritti tra le libertà fondamentali, dedicando a ciascuno un articolo: l'art. 7 al primo e l'art. 8 al secondo. Pertanto va subito precisato che le situazioni che verranno prese in considerazione in questa sede appartengono al secondo gruppo, cioè all'area della protezione dei dati personali.

Quanto al cosiddetto mercato digitale europeo, si fa riferimento ad un contesto specifico, cioè a quel mercato virtuale unico, i cui tratti sono delineati anche essi in un documento legislativo europeo. Si tratta della Comunicazione della Commissione europea del 19 maggio 2010, intitolata "Un'agenda digitale europea"<sup>(2)</sup>.

Ciò premesso, si fornirà una breve descrizione della suddetta agenda, onde evidenziare il ruolo che, ai fini della sua attuazione, le istituzioni dell'Unione europea attribuiscono alla tutela della protezione dei dati personali e portare l'attenzione sulle iniziative più recenti che tali istituzioni hanno intrapreso per modificare il quadro normativo esistente in materia.

In secondo luogo, si analizzerà questo quadro, ripercorrendo l'iter normativo compiuto dal legislatore europeo, a partire dalla prima direttiva in materia, emanata nel 1995<sup>(3)</sup>, dando conto di alcune realtà nazionali nel periodo antecedente questa data e delle esigenze di armonizzazione sottostanti a questa prima iniziativa. In questo modo si cercherà di individuare quegli elementi, che all'interno del pensiero giuridico degli ultimi anni sono stati valorizzati come elementi identificativi di un "modello europeo" di tutela della privacy.

Successivamente, anche attraverso l'analisi di due importanti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, si metteranno in luce alcuni aspetti critici di questo quadro normativo, che sono cominciati ad emergere poco tempo dopo l'emanazione della direttiva del 1995 e divenuti sempre più evidenti in seguito all'accelerazione dell'evoluzione tecnologica nonché all'emergenza terroristica manifestatasi dopo gli avvenimenti dell'11 settembre 2001.

---

<sup>(2)</sup> COM (2010) 245 def.

<sup>(3)</sup> Direttiva 95/46/CE.

Questi ultimi due fattori, come si vedrà, hanno spinto lo stesso Supervisore europeo della privacy a sottolineare la necessità di uscire da una prospettiva “europea”, per abbracciare una prospettiva “globale” in merito alla protezione dei dati personali, che andrebbe concertata a livello internazionale. Tale concertazione, d'altra parte, pare ostacolata, non solo dalle difficoltà pratiche derivanti dalle procedure volte a raggiungere i necessari accordi internazionali, ma anche dagli effetti di una certa retorica giuridica che, in una prospettiva globale, tende a contrapporre in modo molto rigido il “modello europeo” a quello americano, traducendo la loro incompatibilità nell'impossibilità di pervenire a standard di tutela uniformi.

Tuttavia, nel concludere questa breve analisi, pur senza esaminare in questa sede il “modello americano”, ma con lo sguardo rivolto ai risultati provenienti dalla comparazione critica, si metterà in dubbio la tenuta della suddetta contrapposizione, domandandosi quale strategia possa essere sottesa al discorso giuridico che ne accentua i caratteri e quali effetti lo stesso produce sulla ricerca degli strumenti più idonei a tutelare la privacy, intesa come protezione dei dati personali nella complessità del contesto attuale.

2. — *La protezione dei dati personali nell'“agenda digitale europea” e il processo di revisione avviato in materia di e-privacy dopo la direttiva 2009/136/CE.*

Nel 2010 la Commissione europea ha emanato una Comunicazione, intitolata “Un'agenda digitale europea” e, come si legge nella parte introduttiva di questo testo, lo scopo generale di tale agenda è ottenere vantaggi socio-economici grazie a un mercato digitale unico basato su internet veloce, ma nella consapevolezza che i benefici che le persone potrebbero trarre dall'uso delle tecnologie digitali, in quanto cittadini, consumatori o lavoratori sono limitati da preoccupazioni, tra cui quelle inerenti la riservatezza.

Nel paragrafo intitolato “Un mercato digitale unico e dinamico”, poi, la Commissione sottolinea che, nonostante esista già un corpus legislativo fondamentale che regola il mercato unico per quanto riguarda commercio elettronico, fatturazione elettronica e firma elettronica, le transazioni nell'am-

biente digitale sono ancora troppo complesse e le norme sono applicate nei vari Stati membri in modo disomogeneo. Inoltre i consumatori e le imprese devono far fronte ad una notevole incertezza in merito ai propri diritti e alla tutela giuridica di cui godono quando svolgono attività commerciali *on line*.

In questo contesto, la revisione generale del quadro normativo in materia di protezione dei dati, che è stata avviata di recente, è vista come uno strumento fondamentale, per rafforzare la fiducia dei cittadini nel mercato digitale e per far fronte alle sfide poste dalla globalizzazione (cioè per rendere l'Europa più competitiva nel mercato digitale globale). Al riguardo, si specifica ulteriormente che il diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali è un diritto fondamentale nell'UE, che deve essere fatto rispettare, anche *on line*, con tutti i mezzi possibili. Ora si tratta di capire cosa è già cambiato rispetto alla prima direttiva sulla privacy e quali ulteriori modifiche si intendono apportare al quadro normativo in materia, ma a tal fine è necessario chiarire meglio quali sono in concreto i potenziali rischi che l'utilizzo della rete Internet comporta con riguardo al trattamento dei dati personali e che nella richiamata agenda vengono visti come fonti di sfiducia degli utenti verso il mercato digitale, quindi come fattori che stanno ritardando lo sviluppo di quest'ultimo e l'ottenimento dei benefici da esso promessi. Questi rischi sono collegati ad almeno cinque caratteristiche della rete. La prima è la sua natura interattiva: sono gli utenti stessi che creano e immettono dati; usando il navigatore della propria automobile o un cellulare collegato ad Internet, consapevolmente o meno, lasciano delle tracce che possono essere utilizzate da altri e sotto questo profilo, come si vedrà, il consenso costituisce il maggior fattore di garanzia della propria libertà in rete. In secondo luogo, la possibilità di processare dati aumenta con l'avanzamento tecnologico: più vengono potenziati gli strumenti con cui si accede alla rete e più aumenta la possibilità di raccogliere informazioni. Questa caratteristica diviene evidente se si pensa ad alcuni servizi resi possibili dall'impiego della fibra ottica per la connessione: oggi è tecnicamente possibile distribuire programmi televisivi via Internet e in questo caso, a differenza che nel caso delle trasmissioni tradizionali o via satellite, ciascun individuo può scegliere quali programmi guardare e in quale momento della giornata, ma, allo stesso tempo, è più facile individuare le sue

abitudini e i suoi gusti, nonché inviargli della pubblicità mirata, in orari accuratamente scelti. La terza caratteristica di Internet è la sua natura aperta, nel senso che chiunque può entrare, trovandosi in un posto qualsiasi e in qualsiasi momento. Dati come un curriculum vitae, una pubblicazione o una fotografia possono essere facilmente rinvenuti attraverso un motore di ricerca, per propositi diversi e anche non previsti dall'interessato al momento del loro inserimento. Inoltre, la dimensione globale della rete può rendere inefficaci i sistemi di protezione approntati a livello nazionale, che possono differire anche molto l'uno dall'altro e la cui tenuta è messa in discussione proprio dal fatto che i dati transitano di continuo in siti di diversa nazionalità. A tali caratteristiche, infine, deve aggiungersi la possibilità che alcuni trattamenti avvengano all'insaputa dell'interessato, o meglio rimangano "invisibili", come è stato messo in evidenza dalla letteratura relativa ai cosiddetti *cookies*<sup>(4)</sup>. Questi ultimi sono dei piccoli file informatici che identificano l'utente che accede a un sito web, mantenendo continuità tra le visite; essi consentono di riconoscere l'utente e quindi di monitorare la sua navigazione. Attualmente sono visti come una delle peggiori forme di aggressione alla privacy contemporanea, insieme alla cosiddetta profilazione individuale (*profiling*), una tecnica che, attraverso il monitoraggio di siti diversi (e del tempo e della durata di visita degli stessi, delle parole chiave richieste ai motori di ricerca, dei click sugli avvisi pubblicitari sotto forma di *banner*, nonché degli acquisti in rete con carte di credito), consente di raccogliere informazioni idonee a predire preferenze e interessi delle persone, secondo modelli di segmentazione del soggetto<sup>(5)</sup> in una molteplicità di banche dati. Ciò consente alle imprese di mettere in pratica determinate politiche di marketing, per promuovere il consumo, ma allo stesso tempo offre raffigurazioni della persona parziali e potenzialmente pregiudizievoli per la stessa (si pensi ad esempio, ad una classificazione in base agli indirizzi di residenza, al fine di proporre pubblicità personalizzata, ma utilizzabile anche per escludere determinate persone dall'accesso ad un bene

---

(4) Cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *The Internet and Privacy Legislation: Cookies for a Treat?*, (1997) *Virginia Journal of Law and Technology* 1.1.

(5) Cfr. U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano 2008, in particolare 32 e 212.

o ad un servizio, o per praticare prezzi discriminatori, nei confronti di coloro che offrono meno garanzie di solvibilità, almeno a giudicare dal posto in cui vivono)<sup>(6)</sup>. Tenendo conto di questo contesto, alla direttiva 95/46/CE è stata affiancata la 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, a sua volta modificata dalla 2006/24/CE sulla conservazione dei dati generati e trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico. Infine, è stata emanata la direttiva 2009/136/CE, che modifica ulteriormente le due precedenti e che è stata anche nominata *Cookie Law*, perché una delle sue principali innovazioni è la previsione del consenso esplicito da parte degli utenti per l'installazione di *cookies* sui loro terminali<sup>(7)</sup>. Peraltro, tale direttiva doveva essere attuata entro il 25 maggio 2011, ma dei 27 Stati membri dell'Unione Europea solo Estonia e Danimarca hanno inviato la notifica di pieno recepimento della direttiva entro il termine stabilito, il Regno Unito ha completato la procedura qualche giorno dopo, mentre gli altri non

---

<sup>(6)</sup> Mette chiaramente in evidenza come nelle diverse banche dati «si hanno rappresentazioni della persona perfettamente funzionali alle finalità di ciascuna raccolta, ma che possono dare un'immagine profondamente distorta della persona se, ad esempio questa viene unicamente presentata per le sue propensioni al consumo». S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. cri. dir. priv.*, n.4/1997, fascicolo interamente dedicato al trattamento dei dati personali a seguito dell'introduzione della legge n.675/1996. Ma, dello stesso Autore, sui problemi legati alla tecnica della profilazione individuale, si veda soprattutto *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, in particolare 134 ss. Richiama l'attenzione su tali problemi di recente G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in G.F. FERRARI (cur.), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, 2008, 13 ss.

<sup>(7)</sup> Contenuta all'art. 2, 5), che modifica l'art. 5 della direttiva 2002/58 nel seguente modo: articolo 5, il paragrafo 3 è sostituito dal seguente: «3. Gli Stati membri assicurano che l'archiviazione di informazioni oppure l'accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un abbonato o di un utente sia consentito unicamente a condizione che l'abbonato o l'utente in questione abbia espresso preliminarmente il proprio consenso, dopo essere stato informato in modo chiaro e completo, a norma della direttiva 95/46/CE, tra l'altro sugli scopi del trattamento. Ciò non vieta l'eventuale archiviazione tecnica o l'accesso al solo fine di effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dall'abbonato o dall'utente a erogare tale servizio».

hanno ancora provveduto. In realtà la norma sui *cookies* ha sollevato diverse proteste da parte di aziende che operano in rete secondo le quali le continue richieste di consenso complicherebbero l'esperienza di fruizione degli utenti e potrebbero provocare un'eccessiva diffidenza dei navigatori verso i siti che per funzionare necessitano della loro installazione, inoltre non specifica le modalità idonee a ottenere il consenso dell'utente e, sotto questo profilo possono sorgere dei problemi<sup>(8)</sup>. La Commissione europea, intanto, sta portando avanti il suo piano di revisione e proprio all'inizio del 2012 ha proposto una riforma globale della normativa UE del 1995 in materia di protezione dei dati nell'intento di rafforzare i diritti della privacy *on line* e stimolare l'economia digitale europea, ribadendo che il progresso tecnologico e la globalizzazione hanno radicalmente mutato il modo in cui sono raccolti, consultati e usati i dati personali. Ha sottolineato, inoltre, che i 27 Stati membri hanno attuato la normativa del 1995 diversamente, con conseguenti divergenze sul piano dell'effettiva applicazione. Sicché, ha spiegato, un'unica legge porrà fine all'attuale frammentazione e alla gravosità degli oneri amministrativi, con un notevole risparmio di costi per le imprese<sup>(9)</sup>. Nel pacchetto di riforma rientrano in particolare una comunicazione strategica, in cui la Commissione fissa gli obiettivi, e due proposte legislative: un regolamento che istituisce un quadro generale dell'Unione per la protezione dei dati e una direttiva sulla

---

<sup>(8)</sup> Sui quali si rinvia all'opinione espressa al riguardo dal Gruppo di lavoro di cui all'art. 29 della direttiva 1995/46/CE, *Opinion 2/2010 on Online Behavioural Advertising*, WP 171, at 9 (22/6/2010), reperibile sul sito [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wpl71\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wpl71_en.pdf). Cfr. altresì, P.Lanois, *Caught in the Clouds: The Web 2.0, Cloud Computing, and Privacy?*, in 9 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 29 2010-2011.

<sup>(9)</sup> Nel comunicato stampa con cui è stata presentata questa proposta, si riporta la seguente dichiarazione di Viviane Reding, Vicepresidente e Commissaria UE per la Giustizia: "la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale di tutti gli europei, eppure non sempre i cittadini sentono di avere il pieno controllo dei propri dati. Le nostre proposte creeranno fiducia nei servizi on line visto che saremo tutti più informati sui nostri diritti e avremo un maggiore controllo di tali informazioni. Nel far ciò la riforma provvederà anche a semplificare la vita e a ridurre gli oneri delle imprese. Con un quadro giuridico saldo, chiaro e uniforme a livello dell'Unione si potrà sprigionare tutto il potenziale del mercato unico digitale e saranno stimolate la crescita economica, l'innovazione e la creazione di posti di lavoro."

protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento dei reati e nell'ambito delle connesse attività giudiziarie <sup>(10)</sup>. Queste novità, tuttavia, devono essere ora discusse dal Parlamento europeo e dagli Stati membri dell'Unione (riuniti in sede di Consiglio dei Ministri) e, una volta adottate, non entreranno in vigore prima di due anni.

Nel frattempo, può ancora essere approfondita la riflessione sulle nuove regole da introdurre, tenendo presenti anche i problemi che possono presentarsi a seguito dell'intensificazione dell'utilizzo dei social network e dei cosiddetti *Clouds*, registrata proprio in questi ultimi due anni successivi all'emanazione della direttiva del 2009. A tal fine, è utile, prima di tutto, soffermarsi sull'iter percorso finora dal legislatore europeo, partendo dall'a-

---

<sup>(10)</sup> I principali cambiamenti introdotti dalla riforma sono: a) un corpus unico di norme di protezione dei dati valido per tutta l'Unione, così saranno aboliti gli oneri amministrativi inutili, come le prescrizioni in materia di comunicazione a carico delle imprese (di qui il risparmio di cui si diceva sopra); b) invece dell'attuale obbligo di notificare tutti i trattamenti alle autorità di protezione dei dati (inutilmente burocratico e che costa alle imprese 130 milioni di euro l'anno), il regolamento prevede maggiore responsabilità e un obbligo di rendicontazione per chi tratta i dati; c) imprese e organizzazioni dovranno comunicare quanto prima (possibilmente entro 24 ore) alle autorità nazionali di controllo i casi di grave violazione dei dati; d) le organizzazioni avranno a che fare con un'unica autorità nazionale di protezione dei dati nel paese dell'Unione in cui hanno il proprio stabilimento principale, analogamente, sarà possibile rivolgersi all'autorità di protezione dei dati del proprio paese, anche se i dati sono trattati da un'impresa con sede fuori dell'Unione e ogniquale volta sarà necessario il consenso per trattare i dati, occorrerà chiederlo esplicitamente: il consenso non può essere presunto; e) sarà più facile accedere ai propri dati personali e sarà agevolato anche il trasferimento dei dati da un fornitore di servizi a un altro (diritto alla portabilità dei dati), il che comporterà un miglioramento della concorrenza tra i servizi; f) il diritto all'oblio permetterà di gestire meglio i rischi connessi alla protezione dei dati on line: chiunque potrà cancellare i propri dati se non sussistono motivi legittimi per mantenerli; g) le norme UE si applicheranno anche ai dati personali trattati all'estero da imprese che sono attive sul mercato unico e offrono servizi ai cittadini dell'Unione; h) le autorità nazionali indipendenti di protezione dei dati avranno maggiori poteri in modo da applicare meglio le norme UE nei rispettivi paesi (potranno ad esempio comminare, alle imprese che violano il diritto dell'Unione, sanzioni pecuniarie); i) la nuova direttiva applicherà i principi generali e le norme di protezione dei dati alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, le sue disposizioni disciplineranno i trasferimenti di dati sia nazionali che transfrontalieri.

nalisi della prima direttiva adottata nel 1995, analizzarne le origini, le disposizioni più rilevanti e l'applicazione che ne è stata fatta finora, cercando di ricostruire i tratti di ciò che nella letteratura giuridica viene presentato come “modello europeo” di tutela della privacy.

3. — *Alle origini della costruzione di un modello europeo di tutela della privacy: appunti per una comparazione.*

Il diritto alla protezione dei dati personali, come si è già anticipato, è ormai espressamente riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e questo dato può essere valorizzato per sottolineare come peculiarità dell'attuale modello europeo quella di garantire una tutela generale di questo diritto, che assume addirittura la veste di diritto fondamentale. Ma le cose stavano diversamente prima del 1995, anno in cui è stata adottata la prima direttiva europea relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. La sua adozione è stata dettata da esigenze di armonizzazione e il suo scopo principale era che il trattamento dei dati personali fosse “equivalente” in tutti gli stati dell'Unione, al fine di garantire la concorrenza nel mercato europeo, data la varietà delle realtà giuridiche allora presenti in Europa con riguardo a questa materia. Giusto per fornire qualche dato più specifico al riguardo, si considerino tre ordinamenti in particolare: Regno Unito, Germania e Italia.

a) *Regno Unito*

Nel periodo al quale ci stiamo riferendo, nel contesto britannico non esisteva un testo costituzionale che riconoscesse il diritto alla privacy, né una normativa speciale volta a disciplinarne le forme di tutela. Tuttavia il termine *privacy* comparve per la prima volta nel 1849, nel caso *Prince Albert v. Strange*<sup>(1)</sup>, ove l'illegittimità della violazione della riservatezza altrui venne

---

<sup>(1)</sup> 41 ER 1171, 1 McN & G 2, [1849] EWHC Ch J20, (1849) 2 De Gex & Sim 652.

ricondotta alla *doctrine* del *breach of confidence*. Secondo la ricostruzione dei fatti, il Principe Alberto e la Regina Vittoria avevano commissionato alcune acquaforti raffiguranti i loro figli, delle quali un dipendente della Casa Reale aveva riprodotto abusivamente alcune copie, per pubblicarle a proprio profitto. Il termine *privacy* comparve già in primo grado, quando fu accolta l'azione inibitoria contro l'editore e, successivamente, in appello, ove il *Lord Chancellor* ritenne che oltre al diritto di proprietà era stato violato il tacito accordo di riserbo che intercorre tra dipendente e datore di lavoro sulla *privacy* di quest'ultimo. Da allora le Corti hanno continuato ad utilizzare gli strumenti a difesa della proprietà per tutelare situazioni che rientravano nell'ambito del diritto alla *privacy*, che per lungo tempo ha ricevuto una protezione indiretta e spezzettata, attraverso l'applicazione di rimedi già esistenti e posti a tutela di altri diritti, laddove i fatti lo permettevano<sup>(12)</sup>. Invero, dal 1970 al 1990 si sono susseguite numerose proposte di riforma aventi ad oggetto questa materia, ma una protezione generale al diritto alla *privacy*, è stata fornita solo più tardi, da alcune normative come il *Data Protection Act* del 1998, con il quale l'ordinamento si è adeguato agli standard della direttiva europea del 1995 e il *Freedom of Information Act* del 2000<sup>(13)</sup>, contemporaneamente alle quali, peraltro, è stato emanato ed è entrato in vigore lo *Human Rights Act* del 1998, che attua una forma particolare di "incorporazione indiretta" della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>(14)</sup>, circoscritta ad alcuni soltanto dei diritti da questa riconosciuti, tra cui, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, alla libertà di pensiero, coscienza e religione, alla libertà d'espressione.

#### b) Germania

Sotto il profilo legislativo, la situazione della Repubblica Federale Tedesca prima dell'entrata in vigore della direttiva 95/46/CE si presentava assai

<sup>(12)</sup> Cfr. J.O. FROSINI, *Privacy nel Regno Unito e l'impatto dello Human Rights Act del 1998*, in G.F. FERRARI (cur.), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, cit., 105 ss.

<sup>(13)</sup> Sito Autorità inglese garante per la *privacy*.

<sup>(14)</sup> Cfr. A. DE VITA, *Strategia e complessità di un riscatto democratico: notazioni sullo Human Rights Act inglese (1998)*, in AA.VV., *L'essenza della democrazia*, Roma, 2010, 79 ss.

diversa da quella appena vista. In quest'area geografica l'opportunità di adottare una disciplina organica della materia fu condivisa, nei primissimi anni settanta, da alcuni legislatori regionali<sup>(15)</sup>. Il primo provvedimento, la "Legge sulla protezione dei dati personali" della Regione (*Land*) Assia, fu approvato proprio nel 1970 e ad esso si fa ufficialmente riferimento come la prima legge sulla protezione dei dati personali in tutto il mondo<sup>(16)</sup>. L'idea portante di questa legge era quella di proteggere la "segretezza dei dati"; prevedeva già l'istituzione di un Garante; si applicava alle istituzioni e agli enti statali, ma non ai privati. Nel 1977, poi, venne introdotta una legge federale sulla tutela dei dati personali, anch'essa volta a rafforzare il diritto di scelta in ordine alle informazioni che si vogliono rendere pubbliche. Nel 1983, in seguito al ricorso di legittimità costituzionale di una legge sul censimento, promosso da alcuni cittadini, la Corte costituzionale, affermò l'incostituzionalità di tale legge, perché in contrasto con due libertà fondamentali garantite dalla Costituzione tedesca, il "diritto al libero sviluppo della propria personalità", previsto dall'art.2, c.1, e l'intangibilità della dignità dell'uomo, di cui all'art.1, c.1. In questa occasione la Corte riconobbe l'esistenza di un "diritto all'autodeterminazione informazionale", cioè il diritto all'autodeterminazione riguardante l'uso dei propri dati personali. In seguito a tale decisione, nel 1990 venne modificata anche la legge federale e in questa modifica si può cogliere un mutamento di prospettiva, nel senso che, se oggetto della prima disciplina era la protezione della sfera privata, il secondo testo specifica che scopo della normativa è la tutela del diritto della personalità degli individui.

*c) Italia*

Nel nostro ordinamento, come nel Regno Unito, una normativa in materia di trattamento dei dati personali è stata assente fino al 1996, tuttavia la legge con la quale in quell'anno è stata data attuazione alla prima direttiva comunitaria in materia si inserisce in un quadro di tutela dei diritti della per-

---

<sup>(15)</sup> Cfr. A. SOMMA, *Appunti in tema di tutela dei dati personali nell'ordinamento tedesco*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1996, 3 ss.

<sup>(16)</sup> Cfr. C. ARZT, *Dal 1970 al 2007: tutela della privacy e protezione dei dati personali nella esperienza tedesca*, in G.F. FERRARI (cur.), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, cit., 125 ss.

sonalità abbastanza complesso, quale quello che si era venuto delineando a partire dagli anni settanta, con il riconoscimento ad opera della dottrina e della giurisprudenza del diritto alla riservatezza e del diritto all'identità personale<sup>(17)</sup>, diritti ai quali la legge n.675 del 1996 guarda, piuttosto, in un'altra prospettiva rispetto al passato, riconducendo la loro tutela all'interno del quadro dei diritti e delle libertà fondamentali.

Così la direttiva comunitaria del 1995 rappresenta il tentativo di armonizzare realtà differenti, ma anche di cogliere mutamenti di prospettiva con riguardo alla tutela della privacy, come quelli appena richiamati riguardo alle esperienze tedesca e italiana. Di qui la proposta di un modello di tutela in cui tecniche privatistiche, come l'informativa, interagiscono con tecniche pubblicistiche, come l'istituzione di un'Autorità indipendente, in modo da apprestare una serie di strumenti idonei ad agevolare in via preventiva e indipendentemente dal rischio di danno, la libera costruzione della propria sfera privata<sup>(18)</sup>. Restano, poi, da verificare l'effettivo grado di armonizzazione raggiungibile attraverso una direttiva e l'efficacia dei suddetti strumenti di tutela in concreto. Entrambi sono strettamente legati all'interpretazione della direttiva medesima, che, infatti, ha sollevato subito alcune questioni, come si può vedere da un noto caso deciso dalla Corte di Giustizia nel 2003<sup>(19)</sup>.

### 3.1. — *La direttiva 95/46/CE e la sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia: il caso Lindqvist.*

La direttiva del 1995 doveva essere recepita negli ordinamenti nazionali entro il 1998, così successivamente a tale data sono sorte le prime questioni interpretative intorno alle sue disposizioni più rilevanti, a cominciare dall'art.

<sup>(17)</sup> Cfr. G. RESTA, *I diritti della personalità*, in G. RESTA-G. ALPA, *Le persone fisiche e I diritti della personalità*, in *Tratt. di dir. civile* diretto da R. SACCO, Utet, 2006, 506 ss.

<sup>(18)</sup> Stessa lettura della legge italiana di attuazione della direttiva in questione è data da G. Restà, *Identità personale e identità digitale*, cit., 24.

<sup>(19)</sup> Si tratta della decisione relative alla causa C-101/01, che verrà esaminata nel prossimo paragrafo.

3, che ne determina il campo di applicazione. Particolare attenzione ha ricevuto l'art. 8, che vieta il trattamento di alcune categorie di dati (nel linguaggio corrente meglio noti come dati sensibili), ma anche l'art. 9, che riguarda il trattamento di dati personali e la libertà di espressione e l'art. 25, relativo ai trasferimenti di dati personali verso paesi terzi. Le difficoltà interpretative sollevate da tali disposizioni sono ben esemplificate dalla decisione della Corte di Giustizia relativa al caso Lindqvist<sup>(20)</sup>. In questa causa alla suddetta Corte vennero sottoposte sette questioni pregiudiziali, tutte sollevate nell'ambito di un procedimento penale svoltosi dinanzi la Corte d'appello di una regione della Svezia, contro la signora Lindqvist, imputata di aver violato la normativa svedese relativa alla protezione dei dati personali, per aver pubblicato nel suo sito Internet dati personali riguardanti un gruppo di persone che, come lei stessa, lavoravano come volontari in una parrocchia della Chiesa protestante di Svezia. In particolare, alla fine del 1998, l'imputata aveva creato, a casa sua con un personal computer, alcune pagine Internet allo scopo di consentire ai parrocchiani che si preparavano alla cresima di ottenere facilmente le informazioni di cui avevano bisogno e successivamente l'amministratore del sito della Chiesa di Svezia aveva collegato le pagine a detto sito. Le pagine in questione contenevano informazioni sulla signora Lindqvist e su altri suoi diciotto colleghi della parrocchia, compresi nome e cognome, le loro mansioni descritte in termini leggermente scherzosi e le loro abitudini nel tempo libero. Di alcuni, inoltre, era stata descritta la situazione familiare ed erano indicati i recapiti telefonici; infine, era riferito il fatto che una collega era in congedo parziale per malattia, poiché si era ferita ad un piede. Tuttavia, dell'esistenza di tali pagine la signora Lindqvist non aveva informato i suoi colleghi e soprattutto non aveva chiesto il loro consenso, né aveva dichiarato di averle realizzate all'ente pubblico competente per la tutela dei dati trasmessi per via informatica. L'imputata aveva provveduto ad eliminare le pagine non appena venuta a conoscenza del fatto che non erano state apprezzate da alcuni dei colleghi interessati, ma, in primo grado, era stata condannata al pagamento di un'ammenda e di una som-

---

<sup>(20)</sup> La sentenza è del 6 novembre 2003, C-101/01, cit.

ma ulteriore, da versare a un fondo svedese per le vittime di reati, per aver: a) sottoposto a trattamento automatizzato dei dati, senza aver informato l'autorità competente; b) trattato senza autorizzazione dati sensibili, quali la ferita al piede e il congedo per malattia; c) trasferito verso paesi terzi dati trattati senza autorizzazione. A questo punto la signora Lindqvist, confermando i fatti ma contestandone la rilevanza penale, aveva impugnato tale sentenza di condanna e la Corte d'appello adita aveva sospeso il procedimento, sottoponendo alla Corte di Giustizia le questioni di seguito riportate. Le prime due sono connesse: si chiede se realizzare personalmente una *home page* e inserirvi il nome di alcune persone unitamente ad affermazioni riguardanti situazione lavorativa e interessi di queste costituisca un trattamento di dati interamente o parzialmente automatizzato; in caso di risposta negativa, si chiede se il trattamento possa essere considerato un trattamento non automatizzato di dati contenuti o destinati a figurare negli archivi ai sensi dell'art.3, n.1 della direttiva. Per il caso che uno di questi due quesiti riceva risposta affermativa vengono poste le altre questioni. La terza: se il comportamento posto in essere possa non rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva, in forza di una delle eccezioni previste dall'art.3, n.2. La quarta, relativa alla possibilità di qualificare la ferita al piede e il congedo per malattia come dati relativi alla salute e perciò non trattabili. La quinta: se una persona, che si trova in Svezia e pubblica dati su una pagina caricata su un server in Svezia, trasferisce dati verso paesi terzi e, in caso affermativo, se sia così anche se nessuna persona di un paese terzo, per quanto si sappia, abbia di fatto preso conoscenza dei dati o nel caso in cui il server di cui trattasi si trovi fisicamente in un paese terzo. Con la sesta questione si chiede, invece, alla Corte se in un caso come quello di specie le disposizioni della direttiva pongano limiti incompatibili con i principi generali in materia di libertà di espressione o con altre libertà e diritti vigenti all'interno dell'Unione europea e che trovano corrispondenza, tra l'altro, nell'art.10 della CEDU. Infine, con la settima, si domanda se uno Stato membro possa, nelle circostanze indicate nelle questioni precedenti, prevedere una tutela più ampia dei dati personali o ampliare l'ambito di applicazione della direttiva 95/46, anche ove non ricorra nessuna delle condizioni di cui all'art. 13 (intitolato "Dero-

ghe e restrizioni”) della medesima. La Corte di giustizia, a sua volta, si è pronunciata su tutti i quesiti posti e in primo luogo ha stabilito che nella nozione di “dati personali” rientra certamente anche il nome di una persona accostato al suo recapito telefonico o a informazioni sul suo lavoro o i suoi passatempi. Assorbita, poi, la seconda questione e ritenuto che il trattamento in questione non rientrasse in nessuna delle eccezioni all’applicazione della direttiva, previste nell’art. 3, n.2 della stessa, ha statuito che l’espressione “dati relativi alla salute” deve essere interpretata in maniera ampia e tale da comprendere informazioni riguardanti tutti gli aspetti, tanto fisici quanto psichici, della salute di una persona, giungendo così all’esame della quinta questione, che è particolarmente interessante ai fini della presente indagine. Si tratta, infatti, di quella relativa alla configurabilità nel caso di specie di un “trasferimento di dati personali verso paesi terzi”. I problemi interpretativi nascono dal fatto che l’art. 25 della direttiva 95/46, predispone un regime speciale, che mira a garantire un controllo da parte degli Stati membri sui trasferimenti di dati verso paesi terzi, imponendo che vengano vietati trasferimenti verso un paese che non offre un livello di protezione adeguato, da valutare in base a determinate circostanze. Ora, tale articolo non contiene alcuna disposizione riguardante l’uso di Internet, ma, come si rileva nella sentenza in esame, le informazioni che si trovano in questa rete possono essere consultate da un numero indefinito di persone residenti in molteplici luoghi e in qualsiasi momento<sup>(21)</sup>. Va precisato che l’autore di una pagina destinata ad essere pubblicata su Internet trasmette i dati che costituiscono tale pagina ad un fornitore di servizi di ospitalità (*web hosting provider*), il quale gestisce l’infrastruttura informatica necessaria per garantire il caricamento di tali dati e la connessione del server che ospita il sito. Inoltre, mentre i computer che costituiscono questa infrastruttura informatica possono essere situati in uno o più paesi diversi da quello del luogo in cui ha sede il suddetto fornitore – senza che la sua clientela ne abbia conoscenza – chiunque sia collegato ad Internet può accedere a quel sito e ottenere tali dati. Al ri-

---

<sup>(21)</sup> “Il carattere ubiquitario di tali informazioni risulta in particolare dal fatto che i mezzi tecnici usati nell’ambito di internet sono relativamente semplici e sempre meno costosi”, prosegue la Corte.

guardo, la Corte osserva che i dati che giungono in questo modo al computer di una persona che si trova in un paese terzo, non sono trasferiti direttamente dalla persona che li ha caricati sul sito, come la sig.ra Lindqvist, ma attraverso l'infrastruttura informatica di cui si è detto. Perciò occorre accertare se il legislatore comunitario avesse l'intenzione di ricomprendere nell'ambito di applicazione dell'art. 25 della direttiva 95/46 anche operazioni come quella effettuata dalla sig.ra Lindqvist, posto che la questione sollevata riguarda tali operazioni e non quelle effettuate dal fornitore dei servizi di ospitalità del sito. La risposta è negativa: secondo la Corte, tenuto conto, da una parte, dello stato dello sviluppo di Internet all'epoca dell'elaborazione della direttiva in esame e, dall'altra, della mancanza in quest'ultima dei criteri applicabili al suo utilizzo, non si può presumere detta intenzione di includere prospettivamente nella nozione di "trasferimenti verso un paese terzo" l'inserimento, da parte di una persona che si trovi nella situazione della sig.ra Lindqvist, di dati di una pagina Internet, anche se essi sono così resi accessibili alle persone di paesi terzi in possesso dei mezzi tecnici per consultarli. Peraltro, la Corte aggiunge che, qualora si desse una diversa interpretazione del menzionato art. 25, ogni volta che vengono caricati dati personali su una pagina Internet saremmo in presenza di un trasferimento verso tutti i paesi terzi in cui esistono mezzi tecnici per accedervi; il regime speciale previsto da questa norma diverrebbe il regime generale per le operazioni in rete e, non appena venisse constatato che un solo paese terzo non garantisce un livello di protezione adeguato, gli Stati membri sarebbero tenuti ad impedire qualsiasi immissione su Internet di dati personali. La Corte, dunque, risolve la quinta questione nel senso che non si configura un trattamento verso un paese terzo, quando una persona che si trova in uno Stato membro inserisce dati personali in una pagina Internet, che sia caricata presso un *web hosting provider* (stabilito nello stesso o in altro Stato membro), rendendoli così accessibili a chiunque si colleghi ad Internet, compresi coloro che si trovano in paesi terzi. Passando alla sesta questione, se, cioè, le disposizioni della direttiva 95/46 pongano dei limiti incompatibili con il principio generale della libertà di espressione o con altre libertà e diritti vigenti all'interno dell'UE e che trovano corrispondenza, in particolare, nel diritto

sancito dall'art. 10 della CEDU <sup>(22)</sup>, la Corte sottolinea che l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno possono essere gravemente perturbati dal divario esistente tra i regimi nazionali applicabili al trattamento dei dati personali. L'armonizzazione di tali regimi, tuttavia, deve avere come obiettivi sia la libera circolazione dei dati fra Stati membri sia la salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone, obiettivi che possono evidentemente essere confliggenti. La Corte sottolinea, altresì, che le disposizioni della direttiva sono per forza di cose relativamente generiche e che gli Stati membri dispongono di un margine di manovra nella sua trasposizione, tuttavia, non si può ritenere che la direttiva stessa sia in contrasto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Pertanto, è piuttosto nella fase di attuazione sul piano nazionale della normativa che traspone la direttiva che deve essere trovato un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi di cui trattasi. In particolare, incombe alle autorità e ai giudici degli Stati membri, non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alla direttiva, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di quest'ultima che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità. In applicazione di quest'ultimo, incombe al giudice *a quo* pure il dovere di considerare tutte le circostanze della causa, in particolare la durata della violazione delle norme che attuano la direttiva, nonché la rilevanza per gli interessati della tutela dei dati

---

<sup>(22)</sup> Art.10 Libertà di espressione

1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

divulgati<sup>(23)</sup>. Così, si giunge all'esame della settima ed ultima questione, relativa alla possibilità o meno per gli Stati membri di predisporre una tutela più ampia dei dati personali o di estendere l'ambito di applicazione della direttiva. Al riguardo la Corte mette in evidenza che la direttiva sul trattamento dei dati personali, pur lasciando un margine di manovra agli Stati membri, tende a raggiungere un'armonizzazione delle legislazioni nazionali, in linea di principio, "completa" e non "minima". Resta salva la possibilità per uno Stato membro di estendere la portata della propria normativa di attuazione a settori non compresi nell'ambito di applicazione della direttiva e purché non vi osti alcun'altra disposizione del diritto comunitario<sup>(24)</sup>.

Deciso nel 2003, il caso *Lindqvist* costituisce, dunque, una tappa importante nell'apprendere i limiti dell'approccio comunitario alla tutela della privacy, soprattutto sotto due profili. Da un lato, mette in luce la difficoltà di raggiungere un'armonizzazione piena del diritto europeo in materia, pur ribadendone la necessità ai fini del funzionamento del mercato. Dall'altro, come è emerso soprattutto dalla questione sollevata in merito all'art. 25 della direttiva 95/46 (circa il trasferimento di dati verso paesi terzi), mostra l'inadeguatezza delle disposizioni di quest'ultima a far fronte all'aumentata possibilità di violazioni della privacy dovuta alla nascita della rete Internet. Sotto questo secondo profilo, però, emerge anche l'inadeguatezza di un approccio comunitario *tout court* alla tutela della privacy, nel senso che i problemi legati alla circolazione dei dati in rete sembrano richiedere un sistema adeguato

---

<sup>(23)</sup> In definitiva, le disposizioni della direttiva non pongono, di per sé, una restrizione incompatibile con il principio generale di libertà di espressione o con altre libertà e diritti vigenti all'interno dell'UE e che trovano corrispondenza, tra l'altro, nel diritto sancito dall'art. 10 della CEDU, ma spetta alle autorità e ai giudici nazionali garantire il giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi in gioco, compresi i diritti fondamentali richiamati.

<sup>(24)</sup> La questione viene, dunque, risolta nel senso che le misure adottate dagli stati membri devono essere conformi tanto alle disposizioni della direttiva quanto al suo obiettivo, nelle parole della Corte, «consistente nel mantenere un equilibrio tra la libera circolazione dei dati personali e la tutela della vita privata. Per contro, nulla impedisce che uno stato membro estenda la portata della normativa nazionale di attuazione della direttiva 95/46 a settori non compresi nell'ambito di applicazione di quest'ultima, purché non vi osti alcun'altra disposizione del diritto comunitario».

di protezione che sia concordato a livello internazionale. Esigenza, questa, che è stata poi largamente confermata da un'altra vicenda giudiziaria, cui ha dato luogo un altro fattore, che si è sviluppato parallelamente al progredire dell'uso delle tecnologie informatiche, la cosiddetta emergenza terroristica.

#### 4. — *Le sfide poste da Internet e dall'emergenza terroristica: il caso PNR.*

L'espressione sta ad indicare la situazione che si è venuta a determinare in tutto il mondo a seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, in forza della quale, soprattutto negli USA ma anche in Europa, sono state adottate una serie di misure legislative volte ad affrontare la cosiddetta "guerra al terrore". Alcune di queste misure hanno determinato un significativo aumento dei poteri di sorveglianza elettronica dei governi, facendo prevalere l'esigenza della sicurezza pubblica su quella della tutela della privacy. Segni di questa tendenza sono rintracciabili nelle direttive comunitarie del 2002 e del 2006 sulla privacy e le comunicazioni elettroniche, che hanno previsto che la legislazione degli Stati membri possa obbligare i *provider* e le società di telecomunicazione a trattenere e conservare i dati dei propri utenti per lunghi periodi di tempo<sup>(25)</sup>. Mentre una vicenda che esemplifica bene i problemi che pone una legislazione d'emergenza, volta a consentire una diminuzione delle misure poste a tutela della privacy con riguardo, ad esempio, alla circolazione di e-mail, dati medici e finanziari, per proteggere la sicurezza pubblica, è quella nota come caso PNR<sup>(26)</sup>. Essa ebbe inizio dopo che il Congresso e il Senato nordamericani approvarono il *Passenger Name Record Information Required for Passengers on Flights in Foreign Air Transportation to or from the United States*, pubblicato nel *Federal Register* nel 2002, con il quale, in sostanza, le autorità americane stabilivano che ogni compagnia aerea, in volo

---

<sup>(25)</sup> L'Italia, ad esempio, nel recepire la prima, ha emendato il d.lgs. n. 196 del 2003 ("codice della privacy"), prevedendo che i dati relativi alle telefonate degli utenti siano conservati per almeno quattro anni.

<sup>(26)</sup> Utilizza questo acronimo U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, cit., 157 ss.

per o dagli Stati Uniti, avrebbe dovuto consentire al *Bureau of Customs and Border Protection* l'accesso elettronico ai dati contenuti nel sistema automatico di prenotazioni e partenze dei voli aerei, noto anche come *Passenger Name Record* (di qui l'acronimo PNR). Nel giugno 2002 la Commissione europea comunicò agli Stati Uniti che tali misure potevano entrare in contrasto con alcune disposizioni comunitarie sul trattamento dei dati personali, in particolare con la direttiva 95/46/CE, ma, nel timore di essere sanzionate in base alle leggi americane, dal 2003, molte compagnie aeree con sede in alcuni Stati membri dell'Unione cominciarono a mettere a disposizione delle autorità statunitensi i registri computerizzati, contenenti dati di passeggeri in volo per o dagli Stati Uniti. Nello stesso anno, il Gruppo consultivo di cui all'art. 29 della direttiva del 1995, espressi dubbi e preoccupazioni per il livello di tutela dei dati eventualmente gestiti dal *Bureau* oltreoceano, invitò la Commissione europea ad avviare trattative con le autorità americane per porre rimedio alla situazione e giungere ad un accordo tra USA e UE nel rispetto della normativa comunitaria in materia di privacy, con particolare riferimento alle disposizioni relative al trasferimento di dati verso paesi terzi<sup>(27)</sup>. terminate le trattative, la Commissione presentò, quindi, al Parlamento europeo una bozza di decisione sul giudizio di adeguatezza circa le misure di protezione che sarebbero state adottate dalle autorità americane e, una bozza dell'accordo che, in nome della Comunità, il Consiglio avrebbe poi siglato con gli USA. Con una risoluzione del 31 marzo 2004, il Parlamento, a sua volta, eccèpi che per disciplinare il regime dei dati in questione sarebbe stato più appropriato un accordo internazionale, sottolineando la necessità di sottoporre il caso al parere della Corte di giustizia. Pertanto, venne richiesto a quest'ultima di esprimere un'opinione sulla compatibilità degli accordi proposti dalla Commissione e dal Consiglio con le disposizioni del Trattato. Tuttavia, la Commissione e il Consiglio procedettero, rispettivamente, all'adozione della decisione sull'adeguatezza delle misure di protezione dei dati PNR e all'approvazione dell'accordo, senza attendere detta opinione. A que-

---

<sup>(27)</sup> Cfr. le opinioni n. 4/2003 e n.2/2004 del Gruppo, consultabili sul sito ufficiale dell'Unione.

sto punto il Parlamento intraprese un'azione giudiziaria per l'annullamento della decisione 2004/496/CE del Consiglio e una per l'annullamento della decisione 2004/535/CE della Commissione<sup>(28)</sup>, che vennero riunite. Contro la seconda decisione, cioè quella della Commissione di ritenere adeguato il livello di protezione garantito dalle autorità americane, che è stata esaminata per prima dalla Corte di giustizia, il Parlamento aveva eccepito quattro motivi di annullamento: eccesso di potere, violazione dei principi essenziali della direttiva, violazione dei diritti fondamentali e violazione dei diritti di proporzionalità. Tuttavia, la Corte ha annullato la decisione sulla base del primo motivo, senza esaminare gli altri, ritenendo che il trattamento di dati in questione non rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva. Allo stesso modo, la prima decisione, quella del Consiglio di approvare l'accordo tra la Comunità europea e gli Stati Uniti d'America sul regime dei dati PNR, contro la quale erano stati eccepiti sei motivi di annullamento, è stata annullata dalla Corte di giustizia per una questione di competenza. In particolare, avendo il Consiglio posto a fondamento della propria decisione l'art. 95 del Trattato CE, in base al quale il Consiglio "adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative (...) degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno", la Corte ha ritenuto che tale norma non fosse idonea a fondare la competenza della Comunità a concludere l'accordo, quest'ultimo riguardando lo stesso trasferimento di dati dell'altra decisione esaminata, escluso dall'ambito di applicazione della direttiva. Va precisato che per ragioni di certezza del diritto, legate all'impossibilità per la Comunità di sottrarsi all'esecuzione dell'accordo per almeno 90 giorni dalla sua denuncia, la Corte ha fatto salvi gli effetti della decisione della Commissione sull'adeguatezza fino al 30 settembre 2006. Nel frattempo le autorità europee hanno individuato l'Unione europea quale soggetto competente a condurre le trattative per un nuovo accordo con gli Stati Uniti, che è stato stipulato nel mese di ottobre del 2006, lasciando in sostanza inalterate le clausole del precedente. Un successivo ac-

---

<sup>(28)</sup> Si tratta della causa C-317/04 e della causa C-318/04, discusse congiuntamente di fronte alla Corte di giustizia.

cordo è stato stipulato a luglio del 2007 e, malgrado la sua scadenza fosse prevista per il 2014, un nuovo accordo è stato stipulato il 15 dicembre scorso (2011), ma il Parlamento europeo, si è espresso criticamente nei confronti di entrambi e ad oggi la vicenda continua a suscitare diverse perplessità sulle misure restrittive della tutela della privacy, giustificate da esigenze di sicurezza. In particolare, la situazione è divenuta più complessa dopo il 1° dicembre 2009, cioè da quando, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Parlamento è chiamato ad approvare gli accordi dell'Unione europea con gli Stati Uniti sul trasferimento dei dati PNR e non più soltanto ad esprimere pareri in merito ad essi. Con la risoluzione del 5 maggio 2010, quest'ultimo ha deciso di rinviare la votazione sulla richiesta di approvazione dell'accordo del 2007 fintantoché non venisse accertata la conformità delle modalità di utilizzo dei dati PNR col diritto dell'Unione, tenuto conto del principio essenziale per cui l'Unione europea è fondata sullo stato di diritto e che pertanto qualsiasi trasferimento di dati personali da parte dell'Unione europea e dei suoi Stati membri verso paesi terzi per finalità di pubblica sicurezza (del paese terzo), al fine di offrire le necessarie garanzie ai cittadini dell'Unione, deve basarsi su accordi internazionali aventi il rango di atti legislativi, deve rispettare le garanzie procedurali e deve ottemperare alla normativa sulla protezione dei dati. Il Parlamento, peraltro, chiedeva che qualsiasi nuovo strumento legislativo sui dati PNR fosse preceduto da una valutazione d'impatto sulla privacy e da un test di proporzionalità al fine di dimostrare l'insufficienza degli strumenti giuridici già esistenti. Dal canto suo, il Gruppo *ex art.29*, in un parere relativo ad una proposta di direttiva della Commissione del febbraio 2011, accompagnata da una valutazione d'impatto, osservava come, pur nella condivisione della legittimità della lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata, fosse indispensabile perseguire il giusto equilibrio tra la tutela della sicurezza pubblica e le limitazioni del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'articolo 8 della CEDU e dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Cfr. parere 10/2011.

Per quanto riguarda, invece, il recentissimo accordo, il Garante europeo, chiamato a fornire un parere sulla sua bozza, pur dando atto che la stessa apportava dei notevoli miglioramenti rispetto all'accordo del 2007, l'ha criticata sotto diversi aspetti, mettendo, altresì, in evidenza quanto fosse inopportuna, mancando solo poche settimane alla scadenza del termine previsto per l'adozione della proposta di revisione dell'intero tessuto legislativo europeo in tema di *data protection*, senza considerare, peraltro, che, come si detto poc'anzi, la Commissione sta portando avanti una proposta di direttiva, che riguarderà il trattamento dei dati PNR di tutti i voli verso qualsiasi paese terzo, posto che ad oggi sono stati stipulati accordi *ad hoc* solo con U.S.A., Canada e Australia. Tuttavia, l'accordo è stato sottoscritto dal Consiglio e ora si attende un nuovo intervento del Parlamento.

##### 5. — *Supervisione europea e privacy globale.*

Il caso PNR, dunque, oltre a portare definitivamente in esponente le nuove sfide poste alla tutela della privacy dalle nuove tecnologie e dall'emergenza terroristica, costringe a interrogarsi circa l'efficacia di qualunque risposta a tali sfide, se pensata e fornita in riferimento ad un'area geografica limitata e al modello di tutela che si ritenga più familiare a quell'area. Di ciò il Supervisore europeo si è mostrato consapevole fin dal 2007, come si evince da un suo parere dello stesso anno, sulla comunicazione della Commissione per una migliore applicazione della direttiva sulla protezione dei dati<sup>(30)</sup>. Nei paragrafi 38-45 del parere, in particolare, infatti, il Supervisore si rammarica che in questa comunicazione non sia stato attribuito un ruolo più importante alla prospettiva della privacy e della competenza giurisdizionale globali, ricordando i limiti delle disposizioni della direttiva del 1995 relative al trasferimento di dati verso paesi terzi e sottolineando che l'attuale sistema, "logica e necessaria conseguenza dei limiti territoriali dell'Unione europea, non fornirà la piena protezione ai cittadini europei cui si riferiscono i dati in una società in rete in cui i confini fisici

---

<sup>(30)</sup> 2007/C 255 /01.

perdono importanza”, poiché, “le informazioni su Internet hanno un carattere ubiquitario, ma la giurisdizione del legislatore europeo non è ubiquitaria”. Il Supervisore ricorda, altresì di avere già incoraggiato la Commissione ad assumere un ruolo proattivo nella promozione della protezione dei dati personali a livello internazionale, tramite il sostegno ad approcci bilaterali e multilaterali con i paesi terzi e la cooperazione con le altre organizzazioni internazionali e specifica cosa tali soluzioni pratiche includano. Quindi, conclude, ribadendo la necessità che la Commissione inizi ad elaborare una visione rispetto al modo in cui usare efficacemente questi metodi nella maniera più adeguata e al modo in cui assicurare che le norme sulla protezione dei dati – che nell’Unione europea sono qualificate come diritti fondamentali – siano efficaci anche in una società in rete globale.

A tutt’oggi, però, una prospettiva globale non è assunta sempre con coerenza dalla Commissione, come lo stesso Supervisore ha fatto notare con riguardo all’ultimo accordo sottoscritto con gli USA per il trattamento dei dati PNR di cui sopra e, comunque, mettere in pratica soluzioni come la creazione di un quadro globale per la protezione dei dati e finanche un regime di osservanza globale con l’adozione di norme vincolanti per le compagnie multinazionali, indipendentemente da dove i dati sono processati non appare un’operazione semplice per diversi fattori. Al riguardo, vale la pena di precisare che le difficoltà non sono legate solo alla complessità dei procedimenti volti a raggiungere accordi internazionali. Invero, il perseguimento di una politica globale in materia di protezione dei dati personali in qualche misura è ostacolato anche da una certa retorica, che, sul piano teorico, tende a evidenziare l’esistenza di profonde differenze tra i modelli di tutela al momento individuabili in riferimento a diverse aree continentali, come Europa e America.

6. — *La tutela della privacy nella lotta per l’egemonia culturale tra modelli dominanti.*

Sotto questo profilo, la tutela della privacy costituisce anche un esempio concreto dell’importanza che, nell’era della globalizzazione, vanno sem-

pre più assumendo le indagini di tipo comparativo, che privilegiano come strumento di analisi l'argomento della tradizione giuridica<sup>(31)</sup>. Rispetto ad altri strumenti dell'apparato metodologico tradizionale del diritto comparato, l'idea di tradizione giuridica, infatti, è volta a mettere in evidenza elementi come la cultura, la mentalità o i valori sociali di diversi ordinamenti, per individuarne qualcosa di fondamentale e irriducibile, in una dimensione che tende a superare i confini nazionali, ma ne presenta altri, difficilmente valicabili e in una prospettiva in cui tali ordinamenti sono sempre posti in competizione fra loro, in una costante lotta per affermare la propria egemonia. Pertanto, nello spazio globale, la presenza di una consolidata tradizione giuridica può rivelarsi un argomento decisivo per giustificare forme di resistenza nei confronti di un processo di integrazione o armonizzazione giuridica. Con riguardo alla tutela della privacy, un'indagine di qualche anno fa ha contrapposto la tradizione giuridica europea proprio a quella degli Stati Uniti d'America, ponendo in luce degli elementi tali da far supporre che qualsiasi tentativo di integrazione dei modelli di protezione offerti da queste due tradizioni sia destinato a fallire<sup>(32)</sup>. In sintesi, i due modelli divergono circa la scelta delle informazioni da proteggere e di conseguenza regolano diversamente la loro circolazione, in quanto in quello americano la privacy, intesa come garanzia di uno spazio privato, anche ideale, nei confronti di illegittime interferenze da parte di terzi, è strettamente correlata al concetto di libertà; in quello europeo, invece, essa tutela la dignità della persona, proteggendola da forme di umiliazione o degradazione nei confronti del pubblico o della società in genere. Le due visioni, infatti, affondano le loro radici in due tradizioni culturali molto distanti fra loro: quella del vecchio continente, gerarchica e aristocratica, ispirata alla conservazione e al rispetto dell'onore, e quella americana, ispirata alla protezione della proprietà e della libertà di iniziativa economica dalla *state action* e quindi opponibile per lo più all'intervento pubblico e non ai privati.

---

<sup>(31)</sup> Cfr. G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Comparazione e Diritto civile*, 2010, 1 ss.

<sup>(32)</sup> J. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Liberty v. Dignity*, in 113 *Yale L. J.* (2004), 1151.

Questa radicalizzazione dei due modelli, nella prospettiva della competizione globale per l'egemonia giuridica e culturale, può essere letta come una ricostruzione tendente a gettare un'ombra sulle possibili compromissioni del modello continentale, laddove riannoda le radici genealogiche della privacy, attraverso le "old norms of social honour", direttamente all'onore nazista<sup>(33)</sup>. Tuttavia presta il fianco ad alcune obiezioni. Intanto, il riferimento a ideali e valori generalmente condivisi, pur essendo importante, non può far dimenticare come la loro interpretazione possa variare in modo significativo tra gli stessi partecipanti a una cultura<sup>(34)</sup>. In secondo luogo, la contrapposizione potrebbe essere facilmente decostruita proprio attraverso un'attenta analisi comparatistica, esaminando le regole operazionali con cui in entrambi i modelli vengono protette sia la libertà che la dignità. Sotto questo profilo, va sottolineata la complessità dell'intera materia dei diritti della persona, sia con riguardo alle loro origini che alla loro evoluzione attuale nei modelli considerati. Quanto alle prime, si può ricordare che i padri fondatori del *right to be let alone*<sup>(35)</sup> ebbero ben presente l'elaborazione continentale dei diritti della personalità, così come l'idea di libertà ha giocato un ruolo importante anche in Europa<sup>(36)</sup>. L'evoluzione di questi diritti mostra, invece, che in entrambi i modelli si sono consolidate nel tempo due diverse accezioni di riservatezza - come diritto al riserbo sulle proprie vicende private e come diritto al controllo sulla circolazione delle informazioni personali in modo da non vedere travisata in pubblico la propria identità - entrambe legate ad una prospettiva statica, in cui le vicende/informazioni personali sono entità definite e staccate dalla persona. Attualmente, però, a queste accezioni si va sovrapponendo, senza cancellarle, una terza concettualizzazione, che tiene conto del fatto che anche la circolazione delle informazioni, a sua volta, incide sulla identità

---

<sup>(33)</sup> Cfr. G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, cit., 13.

<sup>(34)</sup> *Ibidem*. Lo dimostra proprio a proposito di dignità M.R. MARELLA, *The Old and the New Limits of Freedom of Contract in Europe*, in *Eur. Rev. Contr. L.* n.2/2006, 257 ss.

<sup>(35)</sup> Lo conferma lo stesso Whitman, cit.

<sup>(36)</sup> Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; G. ALPA-G. RESTA, *La persona fisica e i diritti della personalità*, in *Trattato Sacco*, Torino, Utet, 2006.

della persona, modificandola. Allora il diritto alla privacy, in una prospettiva dinamica, diventa anche il diritto di controllare questo processo costitutivo, cioè di determinare come e quanto la cessione delle informazioni personali possa cambiare la propria identità<sup>(37)</sup>. In questa prospettiva, inoltre, è abbastanza evidente la stretta connessione che sussiste ormai tra sfera pubblica e sfera privata, quando si parla di tutela della privacy.

La visione dicotomica da cui si sono prese le mosse non tiene conto di tutto questo e ha un impatto limitato sui problemi emersi nei paragrafi precedenti. Da una parte, non si limita a prospettare l'impossibilità di comunicazione tra i due modelli contrapposti e suggerisce, piuttosto, che quello americano, che rappresenta la naturale espressione dei valori dell'uomo medio, è adattabile ed esportabile ovunque, in vista di una tutela della privacy uniforme a livello globale; dall'altra, non cogliendo la complessità del modello proposto, in realtà non chiarisce cosa esattamente dovrebbe essere esportato.

Al tempo stesso, però, può produrre un altro effetto, quello di allontanare il discorso giuridico da un fenomeno sociale importante, che riguarda sia le aree influenzate dalla cultura europea che quelle influenzate dalla cultura americana e che non può leggersi come segnale di un movimento in direzione della libertà o della dignità. Si tratta del crescente aumento di spazi virtuali, come i blog, in cui persone, di diversa estrazione sociale e con una diversa formazione, spontaneamente pubblicano dati personali, anche sensibili, al solo scopo di essere visibili in rete. Questo desiderio talora diventa una necessità, per mantenere relazioni sociali e/o professionali, in un contesto in cui non sono tanto le informazioni - tra le quali rientrano anche piccole curiosità raccontate nello stile di un diario personale e spesso prive di interesse per il pubblico - a rappresentare una risorsa economica per le imprese pubbliche o private, ma il loro scambio continuo e le relazioni personali che tale scambio produce.

Il discorso giuridico sulla privacy, invece, deve occuparsi di tutto questo e al suo interno tanto la dignità che la libertà vanno riconsiderate alla luce del

---

<sup>(37)</sup> Cfr. G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 359.

nuovo contesto descritto, nonché dei problemi posti dall'emergenza terroristica visti sopra <sup>(38)</sup>.

7. — *Alla ricerca di nuove strategie di tutela tra legislazione, autosufficienza tecnologica e mercato.*

In base a quanto osservato, tutti gli strumenti di tutela della privacy esistenti, più o meno ispirati da determinati valori come la libertà o la dignità (ammesso che sia effettivamente possibile collegare ognuno ad uno di questi valori), vanno reconsiderati in una prospettiva critica, attenta ai fattori ora richiamati. Ma anche le strategie di tutela per ora solo annunciate dalla Commissione europea vanno riconsiderate in questa prospettiva. A tal fine si deve tener presente che sin dalla fine degli anni 1990, nel dibattito filosofico e giuridico intorno alla privacy e ai problemi posti dalle tecniche di classificazione di dati e *profiling* viste sopra, sono venute emergendo tre strategie di tutela distinte, ma anche integrabili fra loro <sup>(39)</sup>. La prima è quella di predisporre un quadro giuridico appropriato, garantendo la tutela dalle violazioni della privacy in modo dettagliato attraverso la legislazione speciale; la seconda è quella di affidare tale tutela al mercato e alla sua logica, lasciando che le persone contrattino i loro diritti sulle proprie informazioni; la terza, infine, promuove la cosiddetta autosufficienza tecnologica e in sostanza affida la tutela della privacy agli stessi strumenti che ne favoriscono la violazione, le tecnologie, che sono in grado, ad esempio, di garantire l'anonimato in rete. La prima strategia è quella che domina la scena europea in questo momento. Come si è già riferito, la Commissione europea punta fortemente

---

<sup>(38)</sup> È stato osservato che la dignità non può essere protetta in una nazione di esibizionisti, che sono disposti a sacrificarla pur di stare al centro dell'attenzione, così come la libertà non può essere tutelata in una nazione disposta a sacrificare la privacy per un illusorio senso di sicurezza. Cfr. J. Rosen, *Continental Divide*, sottotitolato *Americans see privacy as a protection of liberty, Europeans as a protection of dignity. Will one conception trump the other – or are both destined to perish?*, [www.leglaffairs.org](http://www.leglaffairs.org).

<sup>(39)</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 153 ss.

su una riforma del quadro giuridico in materia, per lo sviluppo del mercato digitale europeo e, pur tenendo conto delle esigenze legate ad un'economia ormai globalizzata, continua ad affermare la necessità di rafforzare le forme di tutela già esistenti a livello europeo (ad esempio dando maggior rilievo al diritto all'oblio *on line*, cioè il diritto di cancellare i propri dati dalla rete se non sussistono motivi legittimi per mantenerli). Tuttavia, i limiti che le norme giuridiche di questo tipo incontrano sul piano dell'efficacia in una prospettiva globale sono stati più volte evidenziati e rimangono di centrale importanza. Per quanto riguarda la strategia di affidare la tutela della privacy alla logica del mercato, va precisato che non è mai una strategia completamente indipendente da quella normativa in generale. Possiamo, ad esempio, immaginare che gli individui scelgano da soli di rinunciare ad una certa dose di privacy, cedendo ad una impresa alcune informazioni personali in cambio di un corrispettivo, solo se a latere di questa transazione è previsto dalla legge un nuovo diritto di proprietà sulle informazioni personali<sup>(40)</sup>. Venendo, infine, alla terza strategia occorre precisare quali sono le tecnologie in grado di tutelare la privacy. Si tratta delle cosiddette PETs (*Privacy Enhancing Technologies*), ovvero sistemi di anonimizzazione dei dati che si avvalgono di diverse tecniche, come i numeri elettronici di transazione a durata limitata in uso presso alcune compagnie di credito, oppure la cancellazione degli ultimi numeri d'indirizzo IP e altri veri e propri sistemi di crittografia. Anche questa strategia non può essere pensata come una soluzione dei problemi della privacy tutta interna alle stesse tecnologie da cui quei problemi sorgono. Vale quanto detto a proposito del rapporto tra regole e mercato, nel senso che anche l'uso delle PETs può essere più o meno incentivato dalla legge<sup>(41)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> Anche questa strategia, peraltro, può essere criticata da diversi punti di vista. Intanto, perché la mercificazione delle informazioni personali comporta uno stravolgimento della natura del diritto alla privacy, che da diritto fondamentale della persona diverrebbe un titolo da scambiare sul mercato. In secondo luogo, tale strategia può rivelarsi inefficiente, a causa degli alti costi di transazione. Cfr. ancora Rodotà, *Tecnopolitica*, cit., 155-156.

<sup>(41)</sup> Cfr. Y. Poullet- J.M. Dinant, *The internet and private life in Europe: Risks and aspirations*, in A.T. Kenyon-M. Richardson eds., *New Dimensions in Privacy Law*, Cambridge University Press, 2006, 60 ss.

Nell'iter intrapreso dal legislatore europeo dalla direttiva 58/2002/CE (sulle comunicazioni elettroniche) a quella del 2009 (“*Cookie law*”), fino alle proposte di revisione più recenti, si può intravedere proprio il tentativo di mettere a punto in vario modo tutte queste strategie. Tuttavia, come si è visto, è un cammino difficile, che non sembra condurre alla soluzione di tutti i problemi che la privacy ci pone attualmente in una prospettiva globale e anche le singole misure proposte, come la richiesta di consenso esplicito per l'installazione di *cookies* o l'incremento delle PETs non sembrano sempre adeguate a fornire una tutela effettiva. Infatti, il contesto di riferimento in base al quale certe misure sono state ideate ha subito un mutamento importante proprio con la crescita del fenomeno sociale cui si faceva cenno alla fine del paragrafo precedente. Nel contesto virtuale dei social network, ad esempio, sembra passare in secondo piano la necessità di proteggere l'anonimato, obiettivo principale perseguito attraverso le PETs. In questo contesto, in cui non sono solo le informazioni ad avere un valore economico, è sicuramente più complicato anche pensare ad una tutela della privacy “contrattata” direttamente dalle persone che le cedono. In questo senso, tutte le strategie di cui sopra andrebbero riconsiderate alla luce di questi nuovi fattori.

HEDLEY CHRIST\*

## HOW IS THE RULE OF LAW EXPERIENCED

SUMMARY: 1. The Rule-of-Law as Experienced by a governing body. — 2. Rule-of-Law as Experienced by Officials of the State. — 3. Rule-of-Law as experienced by Individuals. — 4. Conceptualizing the Rule-of-Law through Metaphor. — 5. Conclusion.

Whenever one begins to read on the nature of the rule-of-law the first thing that becomes obvious is that the phrase ‘rule-of-law’ is a floating signifier.<sup>(1)</sup> There is no agreed meaning, identifiable characteristics or somewhere we can ‘plant-the flag’ and say this is what is meant by the phrase rule-of-law. It appears multi-dimensional, each writer adding his or her definition. Consider these quotations:

“It would not be very difficult to show that the phrase Rule of Law has become meaningless thanks to ideological abuse and general over-use.”  
Shklar<sup>(2)</sup>

“The rule-of-law is a multi-faceted ideal, but most conceptions give central place to a requirement that people in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of public norms

---

\* Hedley Christ is at the Jean Monnet Centre, University of Perugia, Italy and Senior Lecture in European Law at the University of Brighton, United Kingdom. His research involves law and language (*Linguistique Juridique*) and the ancient law of Mesopotamia.

<sup>(1)</sup> The term floating signifier is used in semiotics to denote a word or phrase which does not have a referent.

<sup>(2)</sup> Shklar, J.N. (1987) *Political Theory and The Rule of Law*, in Hutchinson, A.C. & Monahan, P. *The Rule of Law, Ideal or Ideology*, Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell, pp. 1-16 at p. 1.

rather than on the basis of their own preferences, their own ideology or their own individual sense of right and wrong.” Waldron<sup>(3)</sup>

“[The rule-of-law is] a general juristic phenomenon, it amounts to nothing more and nothing less than the fundamental conditions that have to be satisfied for the existence of any legal system.” Krumer<sup>(4)</sup>

“The rule of law is not a fact but a complex appearance that is maintained by institutions, rhetorical strategies and conceptions of the self.” Kahn<sup>(5)</sup>

“More than anything else, the rule of law stands against arbitrariness and caprice: it regularizes political power and renders it impersonal.” MaCedo<sup>(6)</sup>

These are just a few and many more could have been added. What I think they show is that it is almost an anachronism to say that there are as many definitions of the phrase rule-of-law as there are writers who write upon the subject. It is important to ask, therefore, whether it is possible to make sense of it all; whether it is possible to understand and use the phrase rule-of-law in any meaningful way. Is it possible to ‘pin-down’ this floating signifier? The answers to these questions are inevitably not going to be simple but I believe that it is possible to make sense of this phrase rule-of-law, not as a one universal meaning, but as a concept, a concept that can be seen as having certain characteristics which show how we experience the rule-of-law.

---

<sup>(3)</sup> Waldron, J. (2008) *The Concept and The Rule of Law*, New York University School of Law: Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 08-50.

<sup>(4)</sup> Krumer, M.H. (2007) *Objectivity and The Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>(5)</sup> Kahn, P. W. (1997) *The Reign of Law*, New Haven & London: Yale University Press.

<sup>(6)</sup> MaCedo, S. (1994) *The Rule Of Law, Justice and the Politics of Moderation*, in Shapiro, I. *The Rule of Law*, New York & London: New York University Press.

The first question that must be considered when considering the phrase rule-of-law is to whom is the phrase addressed. If we are going to be able to identify how the rule-of-law is experienced then we need to know who the person or persons addressed are. There seems to me that there are three identifiable groups from the literature. It is the governing body of the state, generally, that is, a government of some sort. Second the administrative bodies of the state, those, that is, that carry out the administration, the officials who undertake this task. Third is the individuals of a state, those who are citizens of the state whether individuals or business.<sup>(7)</sup> To this end I shall consider how the rule-of-law has been represented; firstly within each of these groups: governments, officials, individuals; and secondly how the rule-of-law has been represented through the metaphors used to explain it. Grouped in this way I hope to show that the phrase rule-of-law, although multi-dimensional, has a core of meanings that represent something real, something we in fact experience. But more than that, the phrase also represents a natural law replacement, a myth that aims somehow to legitimize positivism by giving back to the notion of law an idea of a superhuman – kinglike, godlike – a superhuman that oversees our legal systems.

1. — *The Rule-of-Law as Experienced by a governing body.*

In its earliest modern formulation by Dicey the first aspect of the rule-of-law is that “It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence or arbitrary power”. More recent formulations also begin with the idea that governments must be subject to the law, the ideal of the rule-of-law consisting of governments conforming to the law.<sup>(8)</sup> This should not be confused with the notion of democracy however. It is often stated that there is a relationship between the

---

<sup>(7)</sup> A fourth would be the Member States of International Treaties.

<sup>(8)</sup> The World Bank in its document, *Legal and Judicial Reform: Observations, Experiences and Approach to the Legal Vice Presidency 2002* stated that “the rule of law prevails where (1) the government itself is bound by the law”.

rule-of-law and liberal democracy but the rule-of-law, as a concept, is something different from democracy.<sup>(9)</sup> The point here then is that governing bodies become legitimate through law<sup>(10)</sup> by being subject to the law; that their actions are bound by rules which have become fixed and announced beforehand;<sup>(11)</sup> that their political power is regulated and rendered impersonal.<sup>(12)</sup> Here then, the rule-of-law acts as a regulator or a constraining force on government actions; a notion fixed in the constitutional principle of legality which demands that governments be conducted in accord with established and performable norms.<sup>(13)</sup> These actions of government which are constrained by the rule-of-law are particularly focused on the legislative activities. That is not to say that there is not a wider context to government actions where the rule-of-law is seen to legitimize certain modes of exercising authoritative power.<sup>(14)</sup> However, much of the writing on the rule-of-law,

---

<sup>(9)</sup> Raz, J. (1979) *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press at p. 211 states "It [the rule-of-law] is not to be confused with democracy, justice, equality (before the law or otherwise), human rights of any kind or respect for persons or the dignity of man. A non-democratic legal system, based on the denial of human rights, on extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities, and religious persecution may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better than any of the legal systems of more enlightened Western democracies. See also Raz, J. (1977) 'The Rule of Law and its Virtue', *Law Quarterly Review* 93: 195-211; and Goodhart, A.L. (1958) 'The Rule of Law and absolute sovereignty', *University of Pennsylvania Law Review* 106: 943-963

<sup>(10)</sup> There is a possibility of tautology here if we consider that governments make the laws to which they become subject. The idea of government subject to law is often reflected in the phrase 'government by law and not by men'. However, this is not a tautology if law means general, open and relatively stable law. The notion here then is that the rule-of-law is essentially a negative value in which the rule-of-law is designed to minimise the danger of arbitrary power. Raz, J. (1977) *ibid.*

<sup>(11)</sup> Hayek, F.A. (1944) *The Road of Serfdom*, Chicago: University of Chicago Press at p. 54.

<sup>(12)</sup> MaCedo, S. (1994) 'The Rule of Law, Justice and the Politics of Moderation', In Shapiro, I. (Ed.) *The Rule of Law*, New York & London: New York University Press, pp. 148-177.

<sup>(13)</sup> Hutchinson, A.C. & Monahan, P. (1987) 'Democracy and the Rule of Law', in Hutchinson, A.C. & Monahan, P. (Eds.), *op. cit.* note 3, pp. 97-123.

<sup>(14)</sup> Weinrib, E.J. (1987) 'The Intelligibility of The Rule of Law', in Hutchinson, A.C. &

as it is addressed to governments, centres on their legislative function. Here then, the rule-of-law acts in two ways; as a constraining force first by constraining the manner by which law is to be enacted, and second by acting as a moral arbiter of those laws enacted.

The natures of those constraining forces have been conceived in different ways, as formal and substantive conceptualizations<sup>(15)</sup> or thin and thick<sup>(16)</sup> components of the rule-of-law. This formal conception then conceives of the rule-of-law as addressing the manner in which the law is produced, that is, is it produced by a properly authorized person in a properly authorized manner, is it clear, that is, are the laws produced sufficiently clear to guide an individual's conduct so as to enable a person to plan his or her life and does it have a temporal dimension, that is, are the laws produced prospective not retrospective. It is these aspects of the formal conception of the rule-of-law that many writers have conceived as being at the core of the meaning of the rule-of-law.

Raz<sup>(17)</sup> conceives of this formal conception as principles in which all law should be made prospective, open,<sup>(18)</sup> and clear. Laws should be relatively stable, both for short-term decisions and long-term planning and that in the

---

Monahan, P. (Eds) *op. cit.* note 3, pp. 59-84, p. 61 notes that these modes are contained in the phrase 'governance through law'. In the International Commission of Jurists, *The Rule of Law in a Free Society* 1959, the Commission notes that the rule-of-law is, apart from its traditional concerns intended "to establish social, economic, educational and cultural conditions under which [individuals] legitimate aspirations and dignity may be realized".

<sup>(15)</sup> Craig, P. (1997) *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*. Public Law 466-487. Radin, M.J. (1989) *Reconsidering the Rule of Law*, *Boston University Law Review* 69(4): 781-819, at p. 781 considers this aspect of the rule-of-law as an instrumental version which "holds that the Rule of Law is a prerequisite for an efficacious legal order".

<sup>(16)</sup> Hutchinson, A.C. & Monahan, P. (1987) *Democracy and the Rule of Law*, in Hutchinson, A.C. & Monahan, P. *op. cit.* note 14.

<sup>(17)</sup> Raz, J. (1977) *op. cit.* note 10.

<sup>(18)</sup> Kahn, P. W. (1997) *The Reign of Law: Marbury v Madison and the Construction of America*, New Haven & London: Yale University Press, states at p. 144 "...openness is a part of a unique public space – the rule of law – that exist only in and through its openness. There is and can be no secret law."

making of laws there should be general rules which are in themselves open, clear, and stable. Scheverman<sup>(19)</sup> adds that the law produced should be general in character, relatively clear, public, prospective, and stable. Endicott<sup>(20)</sup> states that legal philosophers have attained a consensus about the requirements of the rule-of-law in that law as promulgated should be open, clear, coherent, prospective, and stable. DeGirolami<sup>(21)</sup> states that “stripped to its core, the rule of law is composed of several procedural ideals. These usually include generality, equality of application, predictability (if not certainty), consistency and not retrospectively”. Finis<sup>(22)</sup> states that a legal system exemplifies the rule-of-law in that its rules are prospective, not retroactive, are possible to carry out, are promulgated clearly, coherently with one another, and sufficiently stable.

The nature, therefore, of this formal conception of the rule-of-law becomes characterized by a government through law, in that it is legitimate, does not make arbitrary decisions, acts rationally and is guided by rules of behaviour. As legislators, governments must produce laws which are prospective not retroactive, general in character, public and thereby promulgated, clear and thereby possible to comply with, coherent, stable, predictable thereby enable individuals to plan their lives, fair and provide adequate protection.<sup>(23)</sup> The rule-of-law consistently seems to re-formulate itself as

---

<sup>(19)</sup> Schevermann, W.E. (1999) *Globalization and the Fate of Law*, in Dyzehaus, D. (Ed.) *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 243-266.

<sup>(20)</sup> Endicott, T.A.O. (1999) *The Impossibility of the Rule of Law*, *Oxford Journal of Legal Studies* 19(1):1-18

<sup>(21)</sup> DeGirolami, M.O. (2008) *Faith in the Rule of Law*, *St. Johns Law Review* 82: 573-607, at p. 577.

<sup>(22)</sup> Finnis, J. (1980) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, pp. 270-276.

<sup>(23)</sup> This kind of list making, giving the rule-of-law certain characteristics is very common. Krygier, M. (2009) *The Rule of Law and The Three Integrations*, *Hague Journal on the Rule of Law* 1: 21-27 thinks that such list making is systematically inadequate. He feels that such list making dupes one into thinking that “one can read off how laws will be received in societies”.

an ideal represented as a set of characteristics; such as that the rule-of-law exists so as to prevent inefficiency, irrationality, irregularity, arbitrariness and oppression. <sup>(24)</sup> It states a list of principles which bear on the legitimacy of certain modes of exercising authority. <sup>(25)</sup> Ringer <sup>(26)</sup> notes this conception of the rule-of-law embraces a formalistic definition whose advocates limit themselves “to a few spare, structural features common to virtually all legal systems...For Rawls and other advocates...the rule of law means and only means, the rule of a system of rationally comprehensible rules bearing some instrumental relationship”. <sup>(27)</sup>

That is not to say that these formal conceptions are not important to any conceptualization of the rule-of-law and undertaking how the rule-of-law is experienced by governments. As Hutchinson <sup>(28)</sup> notes they ensure that governments, by having to act subject to pre-existing and public set of rules, act thereby in a reasonably objective and impartial way. However, in discussing the failure of the rule-of-law we must not blind ourselves to the

---

<sup>(24)</sup> See Shklar, J.N. (1987) *Political Theory and the Rule of Law*, in Hutchinson, A.C. & Monahan, P. *op. cit.* note 3, p. 8, for a discussion on critical theory and particularly Hayek’s view of the rule-of-law.

<sup>(25)</sup> See Weinrib, E.J. (1987) *op. cit.* note 15, p. 61. Such formulations set squarely within a positivist tradition although the notion of the rule-of-law straddles the two main theoretical understandings of the nature of law, that is natural law and positivism. From its earliest conceptualization the rule-of-law formed part of a natural law understanding. Plato and Aristotle saw the rule-of-law as part of a rational discovery of law while Aquinas, Hobbs, and Locke saw the law as divinely revealed. Most modern conceptualizations of the rule-of-law, either explicitly or implicitly sit squarely under positivism, but not all. In fact it is possible to see, within more recent formulations both aspects of positivism and natural law. However, if the rule-of-law is an ideal then, it cannot sit squarely within positivism which considers law created. As Weinrib notes, p. 67 “the rule of law [cannot] be regarded as one of the virtues of law since in the positivist conception law has no virtue but simply is”.

<sup>(26)</sup> Ringer, T. (2007) *Development, Reform, and the Rule of Law: Some Prescriptions for a Common Understanding of the “Rule of Law” and its Place in Development Theory and Practice*, *Yale Human Rights & Development Law Journal*. 10: 178-208 at p. 194.

<sup>(27)</sup> For a discussion on the instrumental version of the rule-of-law see Radin, M.J. (1989) *op. cit.* note 16, pp. 784-787.

<sup>(28)</sup> Hutchinson, A.C. (1999) *The Rule of Law Revisited: Democracy and Courts*, in Dyzenhaus, D. (Ed.) *op. cit.* note 20, pp. 196-224, at p. 198.

political reality. Zolo<sup>(29)</sup> in considering the Rechtsstaat notes this formulistic approach may fail to take account of the potential arbitrary use of legislative power since such a conceptualization assumes “perfect correspondence between the state’s will, legality, and moral legitimacy” to the rule-of-law.<sup>(30)</sup> The question is put by Alexy<sup>(31)</sup> when he asks: “Should one regard as continuing to be legally valid something which offended against fundamental principles of justice and the rule-of-law when it was legally valid in terms of positive law of the legal system which had perished”.

We must, therefore, look beyond this formal conception of the rule-of-law to its substantive, thick conception,<sup>(32)</sup> because as Friedman<sup>(33)</sup> notes such formal conceptualization, that is, the rule of law being a set of norms encompasses any form of tyranny. The rule-of-law, therefore, in some form of ideological sense must include a yardstick by which to measure good against bad law. This inevitably leads us away from a formal list into something much more subjective. As Craig<sup>(34)</sup> states the substantive concept of the rule-of-law necessarily entails some vision of justice and right.<sup>(35)</sup> This necessitates therefore, when considering the meaning to the rule-of-law as addressed to governments, a questioning of the laws produced; firstly

---

<sup>(29)</sup> Zolo, D. (2007) *The Rule of Law: A Critical Reappraisal*, in Costa, P. & Zolo, D. (Eds.) *The Rule of Law: History, Theory and Criticism* Springer, pp3-71.

<sup>(30)</sup> According to Critical Legal Theory, particularly writers such as Duncan Kennedy, Roberto Unger, and Morton Horwitz, reject this notion of the rule-of-law since those engaged in law making do so with class and social interests in mind.

<sup>(31)</sup> Alexy, R. (1999), *A Defence of Radbruch’s Formula*, in Dyzenhaus, D. *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, pp. 15-39 at p. 15.

<sup>(32)</sup> See Criag, P. (1997) *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, *Public Law* 466-487. Radin, M.J. (1989) *Reconsidering the Rule of Law*, *Boston University Law Review* 69(4): 781-819, p. 783 also considers this substantive version which “holds that the Rule of Law embodies tenets of a particular political morality”.

<sup>(33)</sup> Friedman, W. (1972) *Law in a Changing Society*, Penguin Books.

<sup>(34)</sup> Craig, P. (1997) *op. cit.* note 16.

<sup>(35)</sup> Radin, M.J. (1989) *op. cit.* note 29, at p. 792 agrees in that the substantive conception is a model of government by rules to achieve the goals of the social contract: liberty and justice.

in practical terms, and secondly in terms of a discourse about values. In this way we move from some internal perspective of law, as some form of constitutional principle, to the more open, even vague concept of governance<sup>(36)</sup>. As Allen<sup>(37)</sup> notes the idea of the rule-of-law must defend a coherent, self-contained conception of governance.

We move then from a conception of the rule-of-law as constraining governments to a much wider concept of governance. This notion of governance, which has received a number of definitions, was considered by Young,<sup>(38)</sup> at the most general level as, involving the establishment and operation of social institutions, that is, a set of rules, decision-making procedures, and programmatic activities that serve to define social practices and to guide the interactions of those participating in these practices.<sup>(39)</sup> The Commission on Global Governance<sup>(40)</sup> defines governance as “the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs”. This then extends beyond the notion of government to institutions, organizations, and communities. The United Nations Security Council has also stated “The rule of law is a concept at the very heart of the organization’s mission. It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State it-

---

<sup>(36)</sup> See Endicott, T.O. (1999) *op. cit.* note 21, who discusses at length the notion of vagueness in the law and what this means for the rule-of-law.

<sup>(37)</sup> Allan, T.R.S. (1999) The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism, *Law Quarterly Review* 115: 221-244, at p. 221.

<sup>(38)</sup> Young, O.R. (1997) *Global Governance*, Cambridge, Massachusetts: The M.I.T. Press.

<sup>(39)</sup> Fukuyama, F. & Wagner, C. *Governance Challenges of Technological Revolution*, in Mothe, de la, J. *Science, Technology and Governance*, London and New York: Continuum, pp188-209. They consider governance as the effort of human communities to try to control, direct, shape, or regulate certain kinds of activities. However, they also note that governance is almost always carried on by states, and that governance usually involves an ongoing process of regulation and control. The nature of the rule-of-law and governance I shall be exploring elsewhere.

<sup>(40)</sup> Commission on Global Governance (1995), *Our Global Neighbourhood*, New York: Oxford University Press.

self, are accountable”.<sup>(41)</sup> Summer<sup>(42)</sup> conceives of the rule-of-law as consisting “of the authorized governance of at least basic social relations between citizens and between citizens and the...government”.

Perhaps then this substantive conceptualization of the rule-of-law may be seen in terms of governance. Lake<sup>(43)</sup> notes that the many definitions of governance “properly direct our attention to the interdependent nature of decision-making and the attempt by actors to manage or produce more orderly responses to common problems”. This in many ways can be brought within the formal conceptualization of the rule-of-law except that it widens the context. It includes a range of other actors than the government of the state who bring their own perspectives, own ideas, and own values. The emphasis then is on conveying expectations as a base for the substantive conceptualizations of the rule-of-law and thereby inescapably becoming a subjective quality. Furthermore, if we conceive of governance through regimes we may then conceive the rule-of-law through its substantive conceptualizations as “the infusion of behaviour with principles and norms that distinguishes regime-governed activity...from more conventional activity”, that is the formal conceptualization of the rule-of-law. In such a way, therefore, the rule-of-law by incorporating institutions (both governmental and non-governmental), organizations and communities restrains government decision-making by a process of discourse, a discourse with others outside of government - this discourse being had with a much wider community than the government itself adding its own principles and values to the decision-making process.<sup>(44)</sup>

---

<sup>(41)</sup> United Nations Security Council (2004). The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the secretary-General, S/2004/616. However, the report then states that accountability means accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, that is, a formal conception of the rule-of-law.

<sup>(42)</sup> Summer, R.S. (1993) A Formal Theory of the Rule of Law, *Ratio Juris* 6(2): 127-142, at p. 129.

<sup>(43)</sup> Lake, D.A. (1999) Global Governance: A relational contracting approach, in Prakash, A. & Hart, A. *Globalization and Governance*, London and New York: Routledge, pp. 31-53, at p. 33.

<sup>(44)</sup> This community has often been termed “civil Society” which, according to Wapner,

We may not, therefore, be able to identify, in a general way, what these principles and values are, in respect to the substantive conceptualization of the rule-of-law, since, inevitably, they will be issue-specific. But we may conceive of the substantive concept addressing governments, as one in which the rule-of-law is experienced by governments as a force outside itself; by the involvement of civil society in its decision-making process. This widens the context of the rule-of-law from one with an internal list or rule construction of law-making, decision-making, to a process of decision-making within a wider, external context.

## 2. — *Rule-of-Law as Experienced by Officials of the State.*

Within the formal conceptualization of the rule-of-law, particularly through its process of list-making we get the notion of impartial administration, that is, both the officials of the state and the judiciary of the state acting in their official capacity. Here we find phrase such as: “Actions by... officials should be subject to regulation by general and public rules... [these officials]... should not be above the law...”;<sup>(45)</sup> and “The independence of the judiciary must be guaranteed”.<sup>(46)</sup> The rule-of-law, therefore, addresses officials of the state and is experienced through the actions of these officials. These actions, through law, should apply equally to all, save to the ex-

---

P. (1997), *Governance in Global Civil Society*, in Young, O.R. (1997) *op. cit.* is “that domain of associational life situated above the individual and below the state [being] made up of complex networks based on interest, ideology, family and cultural affinity through which people pursue various aims [e.g.] Churches, Unions, movements, political parties and clubs of all sorts”.

<sup>(45)</sup> Solum, L.B. (1994) *Equity and the Rule of Law*, in Shapiro, I. *The Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press. pp. 120-147.

<sup>(46)</sup> Finnis, J. (1980) *op. cit.* note 21 at p. 271 states “the Rule of Law of what historical experience has shown to be further desiderata such as the independence of the judiciary, the openness of Court proceedings, the power of the Courts to review the proceedings and actions not only of other courts but of most other classes of official, and the accessibility of the courts to all, including the poor”.

tent that objective differences justify differentiation.<sup>(47)</sup> Hayek<sup>(48)</sup> saw these state officials as representatives of public administration. As a result those formal conceptualizations which apply to governments also apply to its officials.

However, such generalizations, such as that laws created should be accessible, intelligible, clear and predictable also refer to laws or rules created under them.<sup>(49)</sup> The difference here is that these officials who may create sub-rules are applying the law to individuals, citizens of the state, and businesses. The meaning of the rule-of-law therefore, as experienced by officials, is characterized by being subject to the law and through the decisions they make on natural and legal persons. The rule-of-law then constrains the actions of these officials, making them accountable. As Waldron<sup>(50)</sup> states this requires that officials need to apply the rules “as they are set out; it requires that they apply them with all the care and attention to fairness that is signed by ideals such as natural justice and procedural due process”. Officials too then, seem to have both a formal and substantive conceptualization of the rule-of-law. They too are subject to the formal list making, that is, their decisions are subject to law and regulation which are general and public rules. Their decisions are limited by these laws and regulations, to limited situations only and that their decisions should be fair, non-discriminatory, made in good faith and accountable through judicial review. Fallon<sup>(51)</sup> adds that such decisions should be made efficiently.

---

<sup>(47)</sup> Note Lord Bingham of Cornhill’s speech to the Law Faculty of Cambridge University (16/11/2006) where he postulated eight sub-rules of the rule-of-law, this being the third rule.

<sup>(48)</sup> Hayek, F.A. (1955) *The Political Ideal of the Rule of Law*, Cairo Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures. National Bank of Egypt.

<sup>(49)</sup> Hayek, F.A. (1955) *ibid* notes that “the delegation of rule-making to some kind of non-elective authority need not be contrary to the rule of law so long as this authority is bound to the state and publish the rules in advance of their application”.

<sup>(50)</sup> Waldron, J. (2008) *op. cit.* note 4.

<sup>(51)</sup> Fallon, R.H. (1997) *The Rule of Law as a concept in constitutional discourse*, Columbia Law Review 97: 1-56.

These officials therefore have the authority to apply rules in an official capacity and therefore must be accountable not only in their compliance with the rules applicable to their performance but also in that they actually do administer the law consistently and in accordance with the law of the state. Solum<sup>(52)</sup> notes that here then the rule-of-law constrains officials such that personal will or arbitrary decisions “should not serve as the basis for imposing legal detriments, including penal sanctions, and civil judgments on individuals”. Here then we seem to have a mixture of formal and substantive conceptualizations that officials are limited in their decision-making which are subject to pre-existing general rules produced by the formal conceptualization of the rule-of-law on governments. That such decision-making however is also subject to a number of values such as fairness, non-discrimination, and made in a rational way. Raz<sup>(53)</sup> considers this as due process, that is, giving a person a fair hearing, representation when needed, and having a right to be heard.

The fact that the rule-of-law is experienced through officials was not, at least for some time, acknowledged. As Krygier<sup>(54)</sup> notes this aspect of the rule-of-law was in fact “ignored by Rule of Law activists for considerable time and at considerable cost”. Much writing on the rule-of-law concentrates on governing bodies rather than on their officials who administer the law. However, as Rubin<sup>(55)</sup> notes a great deal of modern legislation is internal, that is concerned with its administration through agencies and that the rule-of-law needs to address these agencies as a set of values rather than as norms that guide, channel and restrain.

---

<sup>(52)</sup> Solum, L.B. (1994) *op. cit.* note 48.

<sup>(53)</sup> Raz, J. (1979) *op. cit.* note 10.

<sup>(54)</sup> Krygier, M. (2009) *op. cit.* note 24, notes that this was particularly of concern for law and development. “Especially in the early years of deliberate attempts to build the rule-of-law where it was considered absent or weak.”

<sup>(55)</sup> Rubin, E. (1989) *Law and Legislation in the Administrative State*, Columbia Law Review 89: 369-420 at p. 59 considers the rule-of-law as an issue of arbitrary power within administrative agencies. She notes “One very general lesson, very old indeed, is that if you want to avoid the arbitrary exercise of power, do not just trust to luck or virtue. When there is room for those with power to act repressively, they are likely to do so sooner or later”.

One major institution, in the administration of the law, is the courts. Here too, formal and substantive conceptualizations of the rule-of-law have led to list building. Kahn<sup>(56)</sup> states that here the rule-of-law requires like cases to be decided and treated alike. Raz<sup>(57)</sup> states that the rule-of-law means that the judiciary is independent, easily accessible, has reviewing powers and acts under the principles of natural justice. Weinrib<sup>(58)</sup> states that the judiciary must act impartially. Fiss<sup>(59)</sup> considers the objective quality of interpretation must be bounded and limited by the rule-of-law. Thus the rule-of-law must include an independent judiciary which decides similar cases similarly, acts impartially, is accessible, but bounded by the law. However, there is also an imperative placed on judges not only to be guided by the rule-of-law but also, as Fiss<sup>(60)</sup> states, “by virtue of commitment to uphold and advance the rule-of-law itself”. Here then the rule-of-law falls into the hands of judges who must, in the course of their duties not only uphold the law but also advance the law.

One means by which the substantive conception of the rule-of-law, as addressed to judges, may be achieved is through judicial review. In fact we see this idea in Montesquieu when he considers the way political power is checked by power.<sup>(61)</sup> The question is what is this other power? Does the rule-of-law conceive of judges as having this substantive conceptualization role? The answer, particularly in relation to government action, is a tentative one. Dyzenhaus<sup>(62)</sup> notes that judges have a role in protecting the fundamen-

---

<sup>(56)</sup> Kahn, P. W. (1997) *op. cit.* note 19 at p. 136.

<sup>(57)</sup> Raz, J. (1977) *op. cit.* note 10. Also see Finnis, J. (1980) *op. cit.* note 23 at p. 271.

<sup>(58)</sup> Weinrib, E.J. (1987) *op. cit.* note 15.

<sup>(59)</sup> Fiss, O.M. (1982) Objectivity and Interpretation, *Stanford Law Review* 34(4): 739-763. Also note Radin, M.J. (1989) *op. cit.* note 16 at p. 785 who states “Similarly the familial ideal that the discretion of judges and other functionaries should be limited in applying or interpreting rules”.

<sup>(60)</sup> Fiss, O.M. (1982) *ibid.*

<sup>(61)</sup> This, of course, is also at the heart of Dicey, A.V. in his Oxford Lectures.

<sup>(62)</sup> Dyzenhaus, D. (1999) Recrafting the Rule of Law, in Dyzenhaus, D. (Ed.) *op. cit.* note 20, pp. 1-12, at pp. 6-7.

tal principles of law but they are not principles with content against which legislation must not offend. Halpin<sup>(63)</sup> probably goes further than any other writer when he states “On the *ultra vires* side the use of the rule of law is an instrument to connect Parliament to the principles of judicial review applied by the courts. The fact that this instrument [the rule-of-law] happens to be a set of values is secondary to the fact that it is regarded as being held in common by both, so that Parliament can be taken to have implicitly authorized what the courts engage in creatively applying”.<sup>(64)</sup> Shklar<sup>(65)</sup> when considering the adoption of the rule-of-law in nineteenth century America notes “The Rule of Law remains the rule of judges”. But there seems little appetite to make judicial review, at least as far as a constraining force on governments, as central to the meaning of the rule-of-law relying more on the formal conceptualization as the restraining force. However, it is important not to lose sight of the courts, particularly as an important constraining force on officials and as an important element in the promotion of the rule-of-law within law and development.

### 3. — *Rule-of-Law as experienced by Individuals.*

Beyond the idea that the rule-of-law acts upon those who govern and those who administer, the rule-of-law is also experienced by individuals. For Raz<sup>(66)</sup> the rule-of-law concerns primarily private citizens as subjects to du-

---

<sup>(63)</sup> Halpin, A. (2001) *Reasoning with Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. p. 76.

<sup>(64)</sup> I am aware that I could easily stray into the constitutional principles of judicial review which is not my intention, particularly as this is fundamentally different in different countries. My point here is whether judicial review extends as part of the meaning of the rule-of-law when addressing government actions.

<sup>(65)</sup> Shklar, J.N. (1987) *Political Theory and The Rule of Law*, in Hutchinson, A.C. & Monahan, P. (Eds.) *op. cit.* note 3, pp. 1-16 at p. 6.

<sup>(66)</sup> Raz, J. (1977) *op. cit.* note 10.

ties. Tamanaha<sup>(67)</sup> considers that under liberalism, individuals are freed, by the rule-of-law, to the extent that law is created democratically, government officials act in accordance with pre-existing laws and that governments are restricted from infringing upon personal autonomy. But in what way do individuals experience the rule-of-law? Gneist<sup>(68)</sup> provides four characteristics, namely that:

1. Everyone must know exactly their duties;
2. No citizen must bear more burdens than his or her fellows;
3. Private law must carry out the protection of the person and of property insistently, jealously, and energetically; and
4. The relation between citizens and the state must be subject to the control of administrative tribunals.

Von Mohl<sup>(69)</sup> considers that its<sup>(70)</sup> essence consists in the protection and furthering of the aims “recognised by the people as the life aims of the individual, as well as that of the communities”.<sup>(71)</sup> In the declaration of Delhi<sup>(72)</sup> the rule-of-law addresses the individual in such a way that “the individual is possessed of certain rights and freedoms...the establishment of dignity and to fulfil their legitimate aspirations...[and]...advance the civil and political rights of the individual in a free society”. These aspects, therefore, all form part of

---

<sup>(67)</sup> Tamanaha, B.Z. (2004) *On The Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>(68)</sup> Gneist, R. (1879) *Der Rechtsstact und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, quoted in Neumann, F.L. (1986) *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System of Modern Society*, Leamington Spa, Berg Publishers, at p. 3 note 2.

<sup>(69)</sup> Von Mohl, R. (1859) *Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen: Laupp.

<sup>(70)</sup> I am conscious here that von Mohl, as with Gneist, is discussing the *Rechtsstaat* and the *État de Droit* which are not equivalents of the rule-of-law. However, it is possible to see connection and overlaps of the meaning of these different phrases, which I shall discuss elsewhere.

<sup>(71)</sup> See also Neumann, F. (1986) *op. cit.* note 69.

<sup>(72)</sup> The New Delhi Congress, 1959, or Declaration of Delhi was an international gathering of over 185 judges, lawyers, and law professionals from 53 countries. The theme of this Congress was “The Rule of Law in a Free Society”.

the characteristics of the rule-of-law as experienced by individuals. Here then the rule-of-law provides individuals with certain social, economic, and cultural conditions with civil and political rights. There is of course some circularity here because as Krygier<sup>(73)</sup> notes if individuals are to live by and hold governments and officials accountable then these individuals must know what these characteristics are and mean;<sup>(74)</sup> and the independence of the courts is essential in order to grant the individual equality before the law. Raz<sup>(75)</sup> states that the value of the rule-of-law is its ultimate connection with a moral conception of the relationship between citizens and the state acknowledging a person's dignity as an autonomous human being, entitled to respect. This type of rule-of-law is often seen reflected in phrases such as natural justice or due process, that is, giving individuals a fair hearing, a right to be represented and a right to be heard, or in equity, that is, equal citizenship and individuals protected against arbitrariness and discrimination.

It is clear, therefore, that the rule-of-law threads its way through society, weaving a network of interconnections, almost imperceptibly through the activities of society, affecting the actions of governments, officials, and individuals almost unconsciously. The problem comes when we ask what that means, what is this thread, this weave, this network, of the rule-of-law. We find ourselves then constructing lists of characteristics which we perceive to be the rule-of-law; either as a formalistic conceptualization of government actions, and its administrations, or by trying to isolate the values which co-exist with our formal list making. Not surprising then do we find such comments as “a critic might well conclude that the Rule-of-Law is an ideal bereft of meaning. Viewed through sceptical lenses, the Rule-of-Law might appear, at best, to be no more than an honorific title for an amalgam of the values, and the preferred means for promoting those values, be reflected in the competing Rule-of-Law ideal types...In short, it might appear that

---

<sup>(73)</sup> Krygier, M. (2009) *op. cit.* note 24.

<sup>(74)</sup> Krygier, M. (2009) *op. cit.* note 24, also notes that such characteristics also have to do with sociological and political questions as much as they do with the law.

<sup>(75)</sup> Raz, J. (1979) *op. cit.* note 10.

the Rule-of-Law, upon analysis is easily reducible into component parts all reasonably independent of each other.”<sup>(76)</sup> Here then the ideal of the rule-of-law is not reducible without loss to the sum of its parts.

I want to conclude this paper by considering how the rule-of-law is conceptualized, not as seen from formal or substantive conceptualizations, but as seen through the metaphors that express it. How, in fact, the rule-of-law becomes myth, by which I mean a narrative usually involving supernatural persons, actions, or events, and embodying some popular idea.

#### 4. — *Conceptualizing the Rule-of-Law through Metaphor.*

I am taking it for granted here that metaphor plays a central role in thought, being indispensable to both language and thought<sup>(77)</sup> and that metaphor is a figure of speech which is typically used in the art of persuasion.<sup>(78)</sup> I also take it for granted that metaphors are used either to present

---

<sup>(76)</sup> Fallon, R.H. (1997) *op. cit.* note 52, p. 41. However, Fallon notes that in fact these values associated with the rule-of-law are important ones which deserve support. As he states “appeals to the rule-of-law generally serve well enough to call attention to particular virtues and defects of judicial decisions, governmental structures, or executive or legislative actions.”

<sup>(77)</sup> I take for granted Cognitive Metaphor Theory or Conceptual Metaphor Theory, the tenets of which are that:

- Metaphors structure thinking;
- Metaphors structure knowledge;
- Metaphor is central to abstract language;
- Metaphor is grounded in physical experience;
- Metaphor is ideological.

See Black, M. (1962) *Models and Metaphors*, Ithaca and London, Cornell University Press.

<sup>(78)</sup> Charteris-Black, J. (2004), *Corpus Approaches to Critical Metaphor Analysis*, Palgrave MacMillan, notes that this use of metaphor, for persuasive purpose:

- Represents a novel way of viewing the world;
- Offers fresh insights; and is
- Employed discursively in rhetorical and argumentative language such as political speeches.

In this sense the metaphor is often concealed providing an underlying persuasive function that is often not immediately transparent.

a particular message or ideology or to develop shared understandings as a discourse unfolds. And it is the latter approach that I shall use here, that is, how metaphors are used in developing a shared understanding of the phrase rule-of-law. There are, however, two distinctions that need to be made.

1. Conceptual metaphors represent the conceptual basis, idea, or image that underlies a set of metaphors; and
2. Linguistic metaphors, the metaphors the writer actually uses.<sup>(79)</sup>

Here then the conceptual metaphor underlies the cognitive basis of the linguistic metaphor and reveals the intentions of the speaker. These metaphors, therefore, articulate a point of view; how the speaker understands the idea, and therefore, how topics, issues, problems, *inter alia* are evaluated.

The basis for this cognitive approach to metaphor is the idea that the metaphorical statements contain both a Topic and a Vehicle. Cameron<sup>(80)</sup>

---

<sup>(79)</sup> I hope an example will make this distinction clear. Many writes will discuss life as:

- Being at a crossroads;
- As straying from the path;
- Went off in the wrong direction; and
- Has arrived at a point, *inter alia*.

These metaphors the writers have themselves used (crossroads, path, direction, arrived) are the linguistic metaphors. If one considers what these metaphors represent we discover that their underlying basis, idea, or image is that LIFE IS A JOURNEY. The phrase LIFE IS A JOURNEY represents the conceptual metaphor. Speakers, therefore, use metaphor to persuade by combining the cognitive and linguistic resources at their disposal. Lakoff, G. & Johnson, M. (1980), *Metaphors We Live By*, Chicago & London, The University of Chicago Press, discuss in great detail the metaphors associated with argument.

<sup>(80)</sup> Cameron, L. (1999), Operational ‘metaphor’ for applied linguistic research, in Cameron, L. & Low, G., *researching and Applying Metaphor*, Cambridge: Cambridge University Press, pp3-28 at p. 14 notes the phrase “this paper thinks” can be broken down into:

- Linguistic metaphor
  - o Topic this paper
  - o Vehicle thinks;
- Cognitive metaphor
  - o Topic paper
  - o Vehicle person.

Therefore the actual metaphor used is “thinks” providing a cognitive metaphor THIS PAPER IS A PERSON, that is there is a personification of the paper.

gives the following example: “this paper thinks” where the linguistic metaphor contains the topic, “this paper” and the vehicle “thinks”. We have, therefore, the personification of “this paper”, that is the paper as a person who thinks. This type of metaphor is found in profusion with the phrase rule-of-law; the rule-of-law being the topic. For example Kahn<sup>(81)</sup> states “The Rule of Law contemplates only its own continuation”. We have, therefore, a similar idea; both “this paper” and the rule-of-law thinks. Both “this paper” and the rule-of-law have become personified. The rule-of-law has become a person, a person who has cognition (knows, contemplates, reasons, reflects, believes); has senses (speaks, looks, yearns, satisfies); acts (asks, confronts, promises, prevents, deploys, operates); and may be harmed (fatal to, vulnerable, violated, suffers, and suffers threats, defends, has enemies).<sup>(82)</sup> The rule-of-law also cares, in an almost Christ-like way, when it ‘shares’, ‘celebrates’, ‘fosters’, ‘mediates’, ‘facilities’, ‘sacrifices’, ‘embraces’, ‘provides’, ‘promises’, ‘respects’, has ‘concern for’, is ‘attendant on’, ‘benefits’, and ‘lends’.

As a person the rule-of-law has bodily qualities include being ‘fertile’, having a ‘germ’, being able to ‘conceive’, and give ‘birth’. The rule-of-law is therefore, ‘embodied’, having ‘limbs’, ‘head’, and ‘heart’. The rule-of-law ‘exists’, and ‘survives’, is ‘brought to life’. The rule-of-law also needs nourishment because it ‘feeds’. But the rule-of-law is also at time animate but not human. As an animal it is ‘unbridled’, cannot be ‘tamed’, and has a ‘pedigree’. As a plant it may be ‘cultivated’, is ‘variegated’, and may be ‘budded’. However, the majority of animate metaphors regard the rule-of-law as human,<sup>(83)</sup> embodied with visual, auditory, olfactory, taste, and tactile senses; someone who has great cognitive capacity and is ready and willing to use this cognitive capacity, to act.

---

<sup>(81)</sup> Kahn, P. W. (1997) *op. cit.*, note 19, at p. 19.

<sup>(82)</sup> All these metaphors in the bracket, and those that will follow, have been identified in the literature on the rule-of-law. These metaphors represent the linguistic metaphors; the cognitive metaphor being THE RULE-OF-LAW IS A PERSON.

<sup>(83)</sup> In fact, as we shall see the rule-of-law is more super-human, more god-like, than being just a mortal.

One such act of the rule-of-law is acting as a ruler who ‘rules’ and must be ‘obeyed’. The rule-of-law has ‘authority’ over a ‘realm’ and who ‘demands allegiance’. The rule-of-law has ‘allies’ who go into ‘combat’. In fact many metaphors represent the rule-of-law as being at war. Thus the rule-of-law must ‘defend’ and ‘strengthen’ its ‘terrain’; it must ‘fortify’ its ‘ground’; it must be ‘armoured’ provide ‘defences’ and ‘safeguards’. The rule-of-law must be ‘resilient’, ‘assault’, ‘pursue’, ‘challenge’, ‘resist’, ‘seize’, and ‘destroy’ its ‘enemies’. The rule-of-law also acts as judge, in fact, many of the metaphors relate to the rule-of-law as someone who ‘passes judgement’, who ‘directs’, ‘guides’, ‘dispenses’, ‘mediates’, ‘constrains’, ‘demands’, ‘allows’, ‘applies’ and ‘confronts’. This person also ‘expects’, ‘acknowledges’, ‘represents’, ‘stipulates’, ‘checks arbitrariness’, ‘challenges’ and ‘addresses’.<sup>(84)</sup>

We have then in the rule-of-law a person as ruler, king-like, strong in proving rules to live by and who must be obeyed. A ruler who will readily defend itself and if necessary go to war with those who oppose it; those, that is, who are its enemies; and a ruler who also judges wisely. But more than this the rule-of-law takes on God-like, Christ-like qualities. The rule-of law has ‘spirit’, it is ‘incarnate’, it ‘comes down to us’. The rule-of-law ‘speaks’ to those who ‘believe’ have ‘faith’, are ‘seekers’ and who make ‘offerings’. The rule-of-law gives ‘blessing’ is a ‘vision’ and has its own ‘mysteries’. It offers itself as ‘sacrifice’ and is wary of its own ‘dark-side’. The rule-of-law then though personified is not human but super-human, God-like, in dispensing justice to those who believe in it and opposes all those who oppose it. It safeguards those who have faith in its ability to oversee, not just one state, but all states, and all those who dwell within the state. This quality almost of religious faith does not however stipulate how the rule-of-law is to be ‘followed’; how the rule-of-law is to be ‘obeyed’. Peerenboom<sup>(85)</sup> states “while it

---

<sup>(84)</sup> As a result those who are subject to the rule-of-law: governing bodies and their officials and citizens of the state must “adhere to the demands and constraints of the rule of law”; understand clearly “what the rule of law demands of lawyers” and that “the rule of law requires judicial process”.

<sup>(85)</sup> Peerenboom, R. (2009), *The Future of Rule of Law: Challenges and Prospects for the Field*, *Hague Journal on the Rule of Law*, 1: 5-14, at p. 1.

is now clear in light of the historical development of legal systems in Euro-America, Asia, and some countries in Eastern Europe, Latin America, and the Middle East that, there is no single path towards the rule of law”.

### 5. — *Conclusion.*

What then does the rule-of-law mean for a legal system? I believe that it offers an alternative to natural law in a positivist world. It offers an authoritative figure which can legitimize positive law.<sup>(86)</sup> There is in fact something rather ancient about this concept of the rule-of-law as giving legitimacy, even authority to law makers and those who apply the law. The law-codes of the ancient near-east represent their derivation, the law-making powers as coming from a higher authority than the ruler. One of the best known law-codes, although not the earliest, is that of King Hammurabi. This law-code, engraved on diorite stela<sup>(87)</sup> represents Hammurabi receiving the laws from the Sun God Shamash.<sup>(88)</sup> As McCobery<sup>(89)</sup> notes “it would be possible to view this development as a cynical manipulation of religious belief by powerful rulers but cynicism would be both misplaced and rather naïve here: it was in essence a recognition of the moral nature of law and government”. It would seem then that the concept of the rule-of-law, in perhaps different guises, has been with us for a very long time.

Within a positivist world we cannot conceive of law as being given to us from the Divine, like Moses receiving the laws from Mount Sinai. Neither can we believe in law being discovered by reason. However, we also feel uneasy by accepting that law is whatever governments initiate and legislate,

---

<sup>(86)</sup> I realize that it can be argued that this is in fact natural law in a new, modern guise. It is not my intention here to undertake a compare and contrast of natural law theory with the concept of the rule-of-law which I shall explore elsewhere.

<sup>(87)</sup> This stela is on display in the Louvre Museum, Paris.

<sup>(88)</sup> At the top of the stela is the carving of Shamash giving Hammurabi the law-code.

<sup>(89)</sup> McCoubrey, H. (1987), *The Development of Naturalist Legal Theory*, Croom Helm, p. xiv.

or what in common law countries judges decide it is. We therefore need to create some legitimizing force, some standard by which law may be judged and that, at least for the time being, seems to be the rule-of-law. At the same time, the conceptualization of the rule-of-law has been vague, remaining a floating signifier otherwise natural law starts to creep back in and this in a positive world cannot be tolerated.

The rule-of-law, therefore, as conceived through the metaphors we use to explain it, express it, formulate it, becomes man and superman; Christ-like, an individual who oversees the law and is therefore independent of the law. But like the Gods of Mesopotamia we cannot have a discourse with such an individual; we are left to construct its will by taking on its mantle. In doing so we try to identify those characteristics which, seem to us to encapsulate a number of ideals; the myth made real. Beyond such formulations we ask whether the rule-of-law is also a moral conception, whether the rule-of-law is in fact a rational choice; whether the rule-of-law is open to continuous change. The rule-of-law then becomes more than a formal list, a formal conceptualization, *le pouvoir constitué*, it becomes something which defines values and principles, a substantive conceptualization, *le pouvoir constituant*.

How then do we experience the rule-of-law? I believe we do experience it in our everyday life. I believe it weaves it way through the work we do, imperceptibly, automatically, unconsciously. We experience it because we understand the formal list making character of the rule-of-law and abide by it. We experience it because we understand its moral character; by the way we conduct ourselves. That is not to say that there is never a failure of the rule-of-law, never a deficit of the rule-of-law because like all ideals there always is failure, always is deficit. The issue then is how much failure, how much deficit.

If then we do experience the rule-of-law then it becomes meaningful. It becomes meaningful to us within a society, which may not necessarily be the same in another society. After all we do have a formal list making which gives the rule-of-law certain characteristics to live by, particularly governments and their officials. We can and do perceive the rule-of-law from

the perspective of economics, history, sociology and politics.<sup>(90)</sup> We have, as I have argued, a substantive component through governance, through regimes, which bring to bear on governments, and their officials, aspects other than just an internal viewpoint, a constitutional principle. These are all concrete ways in which we experience the rule-of-law giving meaning to the rule-of-law; not as one coherent set of objectives, goals, set of beliefs, but as a multi-faceted ideal, seen beyond ourselves. This then allows for negotiation, compromise, the forming of a joint enterprise. It allows us to be critical of governments and their officials; it allows us to be critical of other states, but it also allows us to give aid.<sup>(91)</sup> I once put to a group of doctoral students the idea of experiencing the rule-of-law and asked them how they thought they experienced it. The list they provided was surprisingly long and detailed. There was in fact a real sense of feeling the rule-of-law, like some invisible force – man and superman; myth made manifest.

---

<sup>(90)</sup> As Krygier, M. (2009) *op. cit.* note 24, at p. 61 notes “Whatever we decide them to be [the list making formulation of the rule-of-law], my point is only that these conditions themselves depend on conditions that are not legal. For they all have to do with the sociology and political questions...central ones to ask about the place of law in society”.

<sup>(91)</sup> I have not discussed the idea of the rule-of-law and economic development. However, organizations such as the United Nations, World Bank, and the European Union offer rule-of-law aid programmes. Such programmes help with training of the judiciary and police force, or dealing with specific issues such as corruption, among many others.

ROBERTO CIPPITANI\*

## LIBERTÀ DI INSEGNAMENTO E PROTEZIONE DI INTERESSI COSTITUZIONALMENTE RILEVANTI

SOMMARIO: 1. La libertà di insegnamento e ricerca. — 2. Limiti alla libertà di insegnamento. — 3. Limiti all'insegnamento professionale: il caso delle tecniche terapeutiche degli psicologi. — 4. Insegnamento e norme deontologiche.

### 1. — *La libertà di insegnamento e ricerca.*

L'art. 33 della Costituzione contiene l'affermazione di una particolare declinazione della libertà di pensiero, quella del docente e del ricercatore nello svolgimento dell'attività didattica e scientifica.

Si tratta dell'affermazione della libertà di elaborare e trasmettere cultura, alla quale corrisponde, in base all'art. 9 Cost., l'obbligo dello Stato di promuoverne lo sviluppo e l'effettiva accessibilità a tutti<sup>(1)</sup>.

In particolare la libertà di insegnamento consiste nella «libertà personale del docente in forza della quale egli può manifestare liberamente il proprio pensiero pur quando la manifestazione avviene nella scuola e con le finalità proprie della scuola»<sup>(2)</sup>.

Il rilievo dato a questa particolare manifestazione della libertà di pensiero si rese necessaria, infatti, per scongiurare quella mortificazione della cultura scientifica e dell'educazione avvenuta durante il fascismo nelle istituzioni scolastiche e scientifiche<sup>(3)</sup>.

---

\* Cattedra *Jean Monnet (TeKla)* – Università degli Studi di Perugia.

<sup>(1)</sup> Cfr. Corte Cost. Sent 8 luglio 2004 n. 256. Se non diversamente indicato le sentenze della Corte costituzionale qui citate sono tratte dal sito [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it).

<sup>(2)</sup> U. POTOTSCHNING, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. Cost.*, 1961 p. 377 ss.

<sup>(3)</sup> Il periodo tra le due guerre fu caratterizzato da un importante sviluppo dell'istruzio-

Anche nelle fonti odierne si afferma questo intimo legame tra libertà di pensiero e di insegnamento.

È quanto stabilito dall'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. L'art. 14 della stessa Carta afferma che «La libertà accademica è rispettata».

Anche nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito «CEDU»), la libertà di insegnamento è strettamente collegata con la libertà di pensiero della quale è considerata una manifestazione (art. 9 CEDU), così come la libertà accademica (art. 10 CEDU).

L'enunciazione di detti principi «(...) autorise notamment les universitaires à exprimer librement leurs opinions sur l'institution ou le système au sein duquel ils travaillent ainsi qu'à diffuser sans restriction le savoir et la vérité»<sup>(4)</sup>.

La libertà di insegnamento è vista come libertà necessariamente legata alla persona del docente, ma se ne sottolinea comunque la rilevanza sociale. La libertà d'insegnamento sarebbe garantita e tutelata non tanto nell'interesse dei singoli insegnanti quanto piuttosto a vantaggio dell'insegnamento in sé e, in ultima analisi, nell'interesse di tutta la società<sup>(5)</sup>.

Per questo motivo, l'insegnamento, pur essendo specificazione della libertà di pensiero, se ne distingue per il suo collegamento con la dimensione istituzionale che pone in evidenza il carattere di pubblica funzione<sup>(6)</sup>.

La libertà dell'insegnamento, oltre che dalle norme costituzionali, è assicurata dalla legislazione ordinaria.

Per quanto riguarda la scuola, questa libertà è affermata, per esempio,

---

ne e della ricerca scientifica (Cfr. E. HOBBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, trad.ital. di *Age of Extremis – The Short Twentieth Century 1914-1991*, Milano, 1997, p. 347 ss.), concepite come strumenti per le velleità belliche del regime. Cfr. R. MAIACCHI, *Gli scienziati del Duce. Il ruolo dei ricercatori e del CNR nella politica autarchica del fascismo*, Roma, 2003; P. DOGLIANI, *L'Europa a scuola. Percorsi dell'istruzione tra Ottocento e Novecento*, Roma, 2002. Sulla storia dell'istruzione in epoca moderna in Europa, v. R. HOUSTON, *Cultura e istruzione nell'Europa moderna*, trad.ital. di *Literacy, Education and Culture in Early Modern Europe*, Bologna, 1997.

<sup>(4)</sup> Corte EDU, sent. Sorguç c. Turchia, n. 17089/03, § 35, 23 giugno 2009.

<sup>(5)</sup> Cfr. A. MURA, Commento agli artt. 33-34, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, rapporti etico-sociali, Bologna-Roma, 1976, p. 235

<sup>(6)</sup> V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, p. 70

nel d.p.r. 31 maggio 1974, n. 417 (Norme sullo stato giuridico del personale docente, direttivo ed ispettivo della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato), dove si afferma che l'insegnamento è il confronto di posizioni culturali e mezzo con il quale il docente deve perseguire la piena formazione della personalità degli alunni, con «besposizione aperta delle varie ideologie» (art. 1, appunto dedicato alla libertà di insegnamento).

Nell'ordinamento universitario i docenti «hanno il diritto e il dovere di svolgere attività di ricerca e di didattica, con piena libertà di scelta dei temi e dei metodi delle ricerche» (art. 1, 2° comma, l. 4 novembre 2005, n. 230, recante «Nuove disposizioni concernenti i professori e i ricercatori universitari e delega al Governo per il riordino del reclutamento dei professori universitari»).

Il principio della libertà di insegnamento deve essere tenuto in considerazione nell'esercizio dell'autonomia universitaria (art. 6, 3° e 4° co., l. 9 maggio 1989, n. 168, «Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica») e del potere del Ministero di dettare gli obiettivi strategici (art. 1, 4° co., l. 30 dicembre 2010, n. 240, intitolato a «Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e befficienza del sistema universitario»).

La libertà d'insegnamento è affermato insieme a quello della scienza, in quanto si tratta di aspetti strettamente connessi tra di loro (cfr. sia l'art. 33 Cost., sia l'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

Come afferma il giudice costituzionale infatti: «L'una e l'altra libertà sono affermate congiuntamente, in unico contesto, dall'art. 33 e sono, in realtà, strettamente tra loro connesse, giacché la seconda, anche se suscettibile di atteggiarsi diversamente in funzione dei diversi tipi e gradi di insegnamento, rappresenta pur sempre - massimamente nel campo dell'arte - quasi una prosecuzione ed espansione della prima»<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> Corte Cost. Sent. 10 luglio 1974 n. 240. In questo senso sarebbe assurdo, afferma la Corte, precludere l'attività professionale di un artista, solo perché sprovvisto di un diploma legale e anche impedirgli di formare una sua scuola, insegnando, se ne ha la vocazione, l'arte nella quale è esperto. E, per quanto riguarda l'intervento statale di controllo relativo

La libertà d'insegnamento garantita dall'art. 33 Cost. va riferita ad ogni tipo di insegnamento. Come si è osservato essa «oltrepassa largamente i confini della scuola, come concreta organizzazione, estendendosi in ogni campo della vita associata»<sup>(8)</sup>.

Pertanto, detta libertà è stata riconosciuta con riferimento ai corsi di addestramento professionale<sup>(9)</sup> o alle scuole di istruzione artistica<sup>(10)</sup>.

Del resto la distinzione tra i diversi tipi di istruzione dipende da regole organizzative e dalla suddivisione di competenze, per esempio, tra il livello comunitario e nazionale, (cfr. artt. 165 e 166 Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea) e all'interno di quest'ultimo, almeno in Italia, tra Stato e Regioni (v. art. 117 Cost.).

In realtà come affermano le stesse fonti comunitarie e nazionali (cfr. art. 2, 1° co., lett. c, l. 28 marzo 2003, n. 53, contenente «Delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale») istruzione e formazione costituiscono suddivisioni convenzionali del medesimo percorso educativo, che si protrae per tutta la vita dell'individuo (art. 14, par. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; cfr. art. 166, Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea)<sup>(11)</sup>.

---

all'accertamento dei requisiti di idoneità all'insegnamento, tale intervento non potrebbe che assumere la figura dell'esame di stato nei suoi due aspetti di esame scolastico e di esame di abilitazione professionale.

<sup>(8)</sup> V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, cit., p. 69; A. MATTIONI, *Insegnamento (libertà di)*, in *Digesto Pubblico*, VIII, Torino, 1995, p. 423.

<sup>(9)</sup> Cfr. Trib. Firenze, 2 novembre 1988, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, 430.

<sup>(10)</sup> Come le scuole di danza classica, T.A.R. Sardegna, 30 maggio 1987, n. 313, in *Foro Amm.*, 1987, 3493

<sup>(11)</sup> Come è stato ribadito in tutti i documenti comunitari e continentali relativi alla Strategia di Lisbona, Europa 2020, processo di Bologna. Sugli aspetti legali dei processi di integrazione europea in tema di istruzione e formazione, ci si permette di rinviare a R. CIPPITANI, S. GATT, *Legal Developments and Problems of the Bologna Process within the European Higher Education Area and European Integration*, in *Higher Education in Europe*, vol. 34, n. 3, 2009, pp. 385 – 397.

## 2. — *Limiti alla libertà di insegnamento.*

Come ricorda la Corte costituzionale, proprio con riguardo alla libertà dell'insegnamento: «Ogni diritto nasce limitato, in quanto, nel sistema della civile convivenza, deve armonizzarsi con i diritti altrui e con le esigenze generali riconosciute. D'onde la possibilità, e spesso la necessità, che ulteriori norme ne specifichino i limiti e le condizioni di esercizio»<sup>(12)</sup>.

Il riconoscimento costituzionale della libertà di insegnamento, in ogni modo, mal si concilia con l'imposizione di limiti e condizionamenti<sup>(13)</sup>.

Ecco perché, come è solito affermare il Giudice delle leggi, i limiti alle libertà costituzionalmente garantiti vanno sempre interpretati in maniera restrittiva<sup>(14)</sup>.

Per quanto riguarda l'insegnamento, il limite legislativo è previsto dallo stesso art. 33, 2° co., Cost. che comunque «ha (...) un confine insuperabile, segnato dalla necessità che il diritto stesso non ne rimanga snaturato attraverso una compressione o una riduzione del proprio ambito»<sup>(15)</sup>.

Il nucleo «essenziale e indefettibile di garanzia costituzionale» dell'insegnamento riguarda la libertà dei contenuti dell'attività didattica<sup>(16)</sup>.

I limiti individuati nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza possono considerarsi di carattere «interno» (cioè attinenti alla stessa libertà) ed «esterno» (in relazione ad altre libertà e diritti costituzionali).

Tra i limiti di carattere interno vi sarebbero quelli che derivano dall'essere

---

<sup>(12)</sup> Corte cost. sent. del 4 giugno 1958, n. 36.

<sup>(13)</sup> S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, in *Pubblicazione dell'Istituto di diritto pubblico e dottrina dello Stato*, a cura della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma, Milano, Serie IV n.2, p. 45 e ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. la giurisprudenza sull'esercizio di attività non riservate in modo specifico a determinate professioni, come Cass. del 11 giugno 2008, n. 15530, in *Corriere Trib.*, 2008, 26, 2123; Id. del 11 giugno 2010, n. 14085, in *leggiditalia.it* che riguardano la materia dell'assistenza fiscale. In questo caso la libertà costituzionale protetta è l'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

<sup>(15)</sup> Corte cost. sent. n. 36/1958 cit.

<sup>(16)</sup> Corte cost. sent. 10 luglio 1974 n. 240, par. 4.

la libertà di insegnamento una specificazione della libertà di pensiero<sup>(17)</sup>.

Pertanto si ritiene che l'insegnamento incontri il limite del buon costume e dell'ordine pubblico, così come previsto dall'art. 21 Cost.

La nozione di buon costume dovrebbe determinarsi a partire dal titolo IX del codice penale (delitti contro il buon costume): oltre ai reati contro la morale sessuale, devono considerarsi contrari al buon costume anche il gioco d'azzardo, la bestemmia, il turpiloquio, le manifestazioni oltraggiose contro i defunti e tutti quei fatti di rilevanza penale, che in un dato momento storico suscitano scandalo o allarme sociale<sup>(18)</sup>. Va ovviamente tenuto conto del diverso grado di maturità e d'istruzione degli alunni.

Circa il limite dell'ordine pubblico, l'insegnamento non potrebbe avere contenuti contrari ai principi e dei valori costituzionali inderogabili, né essere strumento per sovvertire l'ordine democratico dello Stato<sup>(19)</sup>.

Altri ritengono che l'insegnamento, scolastico o extrascolastico, in quanto considerato manifestazione del pensiero in materia artistica e scientifica, dovrebbe giovare delle stesse garanzie poste a tutela della libertà e della scienza; ne risulterebbe pregiudicata l'operatività sia del limite del buon costume sia quella dell'ordine pubblico, oppure il rispetto della verità di cronaca<sup>(20)</sup>.

Altro limite previsto dalla stessa Costituzione è quello «organizzativo».

La libertà dell'insegnamento riguarda i contenuti dell'insegnamento, mentre non incidono su detta libertà le modalità organizzative che sono di competenza della scuola o dell'università<sup>(21)</sup>.

Per espressa menzione dell'art. 33 Cost., la legge deve stabilire regole sul funzionamento delle istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado (2° comma), nonché i limiti e gli obblighi delle scuole non statali (4° comma). Inoltre, come stabilito dal sesto comma dell'art. 33, «Le istituzioni di alta

<sup>(17)</sup> Cfr. Corte cost. sent. del 23 giugno 1964, n. 77.

<sup>(18)</sup> I. FRISOTTI *Libertà d'insegnamento e d'istituire scuole*, Bari, 1996, p.44

<sup>(19)</sup> A. MURA, Commento agli artt. 33-34, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 231.

<sup>(20)</sup> Cass. civ. Sez. III, 7 gennaio 2011, n. 265, in *Giur. It.*, 2011.

<sup>(21)</sup> Cons. Stato Sez. VI, 27 novembre 1996, n. 1641, in *Foro Amm.*, 1996, 3365; T.A.R. Lazio Sez. III, 19 aprile 1993, n. 553, in *Riv. Giur. Scuola*, 1994, 81; Cons. Stato Sez. VI, 9 settembre 1992, n. 635, in *Cons. Stato*, 1992, I, 1141.

cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato»<sup>(22)</sup>.

In ogni modo, come stabilisce il comma 5 dell'art. 33, lo Stato deve verificare l'idoneità all'esercizio delle professioni, e tra queste l'insegnamento<sup>(23)</sup>.

Il riconoscimento di una autonomia regolamentare in capo alle università limita il potere legislativo delle Regioni, come anche di recente ha riconosciuto la Corte costituzionale<sup>(24)</sup>, ma anche la legislazione statale<sup>(25)</sup>.

Le regole che organizzano l'attività didattica, anche quelle di carattere regolamentare, non limitano di per sé la libertà di insegnamento, che riguarda la metodologia e i contenuti<sup>(26)</sup>.

Sempre con riguardo agli aspetti organizzativi, inoltre, lo stesso art. 33 Cost. riconosce una libertà, quella dei privati di istituire scuole, che si pone potenzialmente in contrasto con la libertà di insegnamento, come opportunamente annotava Crisafulli<sup>(27)</sup>.

Nel caso Cordero il Giudice delle leggi ha ritenuto che le scuole di tendenza abbiano la libertà di fissare i propri orientamenti ideologici.

Ciò non comporterebbe una menomazione della libertà di insegnamento in quanto il docente «è libero di aderire, con il consenso alla chiamata, alle particolari finalità della scuola»<sup>(28)</sup>.

La posizione della Corte è stata da più parte criticata per l'eccessivo rilievo

---

<sup>(22)</sup> V., per quanto riguarda le università, la l. 9 maggio 1989, n. 168, che parla di autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e regolamentare.

<sup>(23)</sup> Corte cost. sent. 10 luglio 1974, n. 240, par. 4, che considera detta disposizione come un punto di equilibrio tra il principio della libertà di insegnamento e il dovere dello Stato di dettare regole per organizzare il sistema dell'insegnamento.

<sup>(24)</sup> Corte cost. sent. 21 luglio 2011, n. 217.

<sup>(25)</sup> T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I, 8 giugno 2011, n. 344, in *leggiditalia.it*.

<sup>(26)</sup> Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 27 novembre 1996, n. 1641, in *Foro Amm.*, 1996, 3365; T.A.R. Lazio Sez. III, 19 aprile 1993, n. 553, in *Riv. Giur. Scuola*, 1994, 81; Cons. Stato Sez. VI, 9 settembre 1992, n. 635, in *Cons. Stato*, 1992, I, 1141.

<sup>(27)</sup> V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, p. 74.

<sup>(28)</sup> Corte Costituzionale sent. 195/1972

dato all'autonomia delle università private rispetto alla libertà di insegnamento<sup>(29)</sup>.

In ogni modo, le restrizioni alla libertà dell'insegnante non possono spingersi oltre un certo limite, rappresentato dalla inderogabile necessità di tutelare la libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero del singolo docente<sup>(30)</sup>, come ha affermato la Corte EDU nel caso Vallauri<sup>(31)</sup>.

Sotto il profilo del rapporto tra le diverse libertà riconosciute dalla Costituzione, secondo la Cassazione la libertà di insegnamento «non ha valore assoluto, ma deve essere coordinat[a] con altri valori costituzionali di pari rango»<sup>(32)</sup>.

Tra questi valori, la stessa sentenza, considera la pari dignità delle persone senza discriminazioni di razza, così che può essere vietato l'insegnamento teorie razziste e l'incitamento all'odio razziale.

Inoltre la libertà di insegnamento incontra un limite nel diritto alla salute ex art. 32 Cost. inteso quale «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»<sup>(33)</sup> al fine di evitare un «esercizio socialmente dannoso e pericoloso del diritto garantito»<sup>(34)</sup>.

La Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sul rapporto tra libertà di insegnamento e diritto alla salute in occasione della verifica della

---

<sup>(29)</sup> Peraltro gli autori che si sono occupati del caso (tra gli altri A. C. JEMOLO, *Perplexità su una sentenza*, in *Foro it.*, 1973, c. 9; G. CAPUTO, *Sul "caso" Cordero*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2866) fanno notare che i docenti dell'Università Cattolica sono in primo luogo docenti universitari italiani, che beneficiano delle tutele costituzionali relative alla libertà di insegnamento.

<sup>(30)</sup> Come si è detto il «[diritto di astenersi dall'esprimere orientamenti non condivisi e di opporre all'imparzialità il controlimite della propria coscienza portano a ritenere che la libertà di coscienza sia destinata a svolgere un ruolo determinante nell'individuazione del dato capace di attenuare le forme diverse di esercizio della libertà di insegnamento nei diversi gradi e tipi di scuola» A. MATTIONI, *Insegnamento (libertà di)*, cit., p. 433.

<sup>(31)</sup> Corte EDU del 20 ottobre 2009, Vallauri c. Italia, n. 39128/05, che ha riguardato anche in questo caso, la libertà di insegnamento nella Università Cattolica.

<sup>(32)</sup> Cass. pen. Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, in *leggiditalia.it*

<sup>(33)</sup> V. CRISAFULLI, *Libertà della scuola e libertà d'insegnamento* nota a sent. Corte Cost. 19 giugno 1958 n. 36 in *Giur. Cost.* 1958, pag. 491

<sup>(34)</sup> V. la citata Corte Costituzionale sent. 36/1958.

legittimità costituzionale della norma che, per l'insegnamento della danza classica, richiedeva il possesso del diploma di maestro di danza, conseguito presso l'Accademia nazionale di danza<sup>(35)</sup>.

La Corte, sebbene abbia dichiarato incostituzionale la specifica normativa, ha ritenuto legittimo che lo Stato possa verificare l'esistenza della preparazione culturale, scientifica e tecnica necessaria per l'esercizio di una professione di maestro di danza, coerentemente con il sistema costituzionale che vede la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Analogo pensiero è stato espresso con riferimento ai poteri di vigilanza della pubblica amministrazione con riguardo alle scuole di guida, laddove la libertà di insegnare (e quella di istituire scuole, nonché la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.) non potrebbe essere lasciata all'incontrollata iniziativa dei privati, venendo in rilievo finalità di particolare importanza quali la tutela della incolumità pubblica<sup>(36)</sup>.

3. — *Limiti all'insegnamento professionale: il caso delle tecniche terapeutiche degli psicologi.*

Nel quadro sopra delineato, una recente giurisprudenza di merito ha evidenziato la possibilità che la libertà di insegnamento possa essere limitata anche quando consista nella trasmissione di conoscenze di carattere professionale.

In particolare ci si riferisce alla sentenza n. 10289 del 2 agosto 2011, con cui la Sezione V del Tribunale di Milano ha deciso nella causa che vedeva opposti alcune associazioni di psicologi e l'Ordine degli Psicologi della Lombardia (decisione confermata dalla Corte di Appello di Milano con sentenza

---

<sup>(35)</sup> V. la citata Corte cost. sent. 240/1974, riguardante l'art. 3 della legge 4 gennaio 1951, n. 28, riguardante Ratifica, con modificazioni, del decreto legislativo 7 maggio 1948, n. 1236, concernente il riordinamento della Scuola nazionale di danza in Roma.

<sup>(36)</sup> Corte cost. sent. del 6 aprile 1965, n. 24.

n. 250/2012 del 22 maggio 2012)<sup>(37)</sup>.

I ricorrenti impugnavano alcune delibere dell'Ordine che, in base all'art. 21 del Codice deontologico degli psicologici italiani<sup>(38)</sup>, avevano stigmatizzato l'insegnamento delle tecniche dello psicologo in corsi per «*counsellor*»<sup>(39)</sup>.

La disposizione del codice deontologico stabilisce che «Lo psicologo, a salvaguardia dell'utenza e della professione, è tenuto a non insegnare l'uso di strumenti conoscitivi e di intervento riservati alla professione di psicologo, a soggetti estranei alla professione stessa, anche qualora insegni a tali soggetti discipline psicologiche. È fatto salvo l'insegnamento agli studenti del corso di laurea in psicologia, ai tirocinanti, ed agli specializzandi in materie psicologiche.»

In dette delibere l'Ordine sottolineava «i pericoli sul piano della salute individuale e collettiva derivanti dalla somministrazione di strumenti e tecniche psicologiche da parte di non psicologi» e quindi «la necessità di tenere riservato l'atto di somministrazione di qualunque genere di test e del colloquio psicologico come strumento essenziale della prassi psicologica».

I ricorrenti affermano, invece, che la riserva in favore degli psicologi non è tanto la divulgazione di conoscenze psicologiche, visto che l'art. 1 della legge 18 febbraio 1989 n. 56 (Ordinamento della professione di psicologo) stabilisce che rientrano tra i compiti dello psicologo le attività di «sperimentazione, ricerca e didattica». Lo psicologo potrebbe ben insegnare anche ad altri professionisti quale sia l'uso scientificamente corretto degli strumenti psicologici e quali tra questi strumenti sono preclusi ad altri operatori. La diffusione di tali strumenti sarebbe anzi utile ad aumentare la consapevolezza sull'attività che svolge lo psicologo e in definitiva a migliorare la fede pubblica.

È invece riservato l'utilizzo delle tecniche psicologiche qualora riguardino «la prevenzione, la diagnosi, le attività di abilitazione riabilitazione e di

---

<sup>(37)</sup> Ambedue le sentenze sono reperibili sul sito dell'Ordine degli Psicologi della Lombardia opl.it.

<sup>(38)</sup> In [http://www.psy.it/codice\\_deontologico.html](http://www.psy.it/codice_deontologico.html).

<sup>(39)</sup> Sul *counselling* v., per es., R. SABATINI, *Manuale di counselling*, Milano, 2009, p. 15 ss.

sostegno in ambito psicologico». Lo psicologo, pertanto, commetterebbe un illecito soltanto quando sollecita o tollera l'uso di strumenti della professione dello psicologo per interventi di natura terapeutica<sup>(40)</sup>.

In definitiva la rigida applicazione dell'art. 21 del codice deontologico avrebbe come effetto quello di menomare la libertà dell'insegnamento e quindi di trasmettere conoscenze a chi non è abilitato, con l'unica eccezione degli studenti delle Facoltà di psicologia e nei corsi per tirocinanti.

Il Tribunale non ha accolto le motivazioni che in sintesi si sono esposte, in quanto esse si fonderebbero «sull'ambigua distinzione tra l'insegnamento della conoscenza e l'insegnamento dell'uso degli strumenti, per sostenere strumentalmente la legittimità della prima (la conoscenza) onde derivarne la legittimità del secondo (l'uso)».

Il Collegio ha ritenuto che gli atti tipici della professione di psicologo (che l'Ordine identifica in «profilo», «test», «colloqui») «non possono essere considerati mai mere manifestazioni o trasmissioni di pensiero scientifico o tecnico, ma sono naturalmente destinati a estrinsecarsi in prestazioni verso una pluralità di utenti».

Secondo il Tribunale, sulla base di questa distinzione si possono, giustificare i limiti all'insegnamento (da considerare come libero in quanto manifestazione del pensiero).

Tali limiti sono volti «a soddisfare bisogni collettivi rilevanti per l'interesse generale della comunità, a garanzia delle capacità tecniche morali occorrenti per il retto esercizio della professione anche ai fini dell' "abilitazione" di cui all'art. 33 Cost.».

Tra detti limiti vengono richiamati quelli a tutela della salute pubblica «in un settore di pregnante rilievo emotivo in continua evoluzione, con l'esigenza connessa di prevedere meccanismi che consentano una costante verifica delle metodiche validate dalla comunità scientifica in un dato momento storico».

Il Tribunale conclude, pertanto, la illegittimità dell'insegnamento di atti

---

<sup>(40)</sup> Come nel caso Cass. pen., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 22274 in [leggiditalia.it](http://leggiditalia.it) con riferimento alla somministrazione di «profilo psicologici» da parte di un soggetto non abilitato alla professione di psicologo.

tipici della professione di psicologo a persone che svolgono una professione non regolamentata, per la quale non è prevista una formazione comparabile a quella dello psicologo e neppure una formazione di livello universitario.

Nella controversia dinanzi al Tribunale di Milano, si ripercorrono, pertanto, i temi caratteristici della giurisprudenza costituzionale e della letteratura che si sono occupate del tema della libertà insegnamento.

Seguendo l'interpretazione attuale, pertanto, la libertà di insegnamento in tutte le sue espressioni deve essere tutelata, in quanto espressione della libertà di pensiero, e anzi in modo anche più ampio. Sono tuttavia possibili limitazioni necessarie alla tutela di beni quali la salute.

In questo quadro emerge, in modo specifico, il problema segnalato dal Tribunale, della differenza tra l'insegnamento delle conoscenze e insegnamento di strumenti di intervento.

Il Tribunale di Milano contesta ai ricorrenti di proporre una ambigua assimilazione tra i due contenuti dell'insegnamento professionali.

In realtà una tale ambiguità deriva dalla circostanza che la distinzione tra conoscenza e strumenti di intervento appare artificiosa.

Come hanno sottolineato gli stessi fondatori della scienza sperimentale (soprattutto Bacone<sup>(41)</sup> e Cartesio), il «sapere» è anche «sapere agire»<sup>(42)</sup>.

Nelle fonti giuridiche comunitarie si usa l'espressione triangolo della conoscenza, per rappresentare il necessario collegamento tra la ricerca (intesa come produzione della conoscenza) e l'educazione (considerata come principale mezzo di condivisione delle conoscenze)<sup>(43)</sup>, con l'innovazione che

---

<sup>(41)</sup> BACONE, negli «Aforismi sull'interpretazione della natura e sul regno dell'uomo» del *Novum Organum*, afferma che «La mano nuda e l'intelletto abbandonato a se stesso servono a poco. Per compiere le opere sono necessari strumenti e mezzi d'aiuto, sia per la mano che per l'intelletto; e come gli strumenti meccanici servono ad ampliare o regolare il movimento delle mani, così gli strumenti mentali estendono o trattengono il movimento dell'intelletto» e ancora: «La scienza e la potenza umana coincidono, perché l'ignoranza della causa preclude l'effetto, e alla natura si comanda solo ubbidendole: quello che nella teoria fa da causa nell'operazione pratica diviene regola».

<sup>(42)</sup> A. RUBERTI, M. ANDRÉ, *Uno spazio europeo della scienza*, Firenze, 1995, p. 10 ss.

<sup>(43)</sup> Nella giurisprudenza della Corte EDU si afferma che «l'*enseignement ou l'instruction visent, notamment, la transmission des connaissances et la formation intellectuelle*» (Corte EDU, sent.

consiste nello sviluppo economico e sociale prodotto dalla conoscenza<sup>(44)</sup>.

Anche da questa prospettiva la conoscenza appare in rapporto continuo con il suo impiego, sia nella stessa attività scientifica che l'ha prodotta, sia nei processi educativi e nelle applicazioni sociali in senso ampio.

Qui il problema è semmai delimitare le conoscenze da trasmettere, al fine di tutelare la salute o degli altri interessi, che potrebbero essere pregiudicati dall'uso non corretto delle conoscenze.

I principali elementi per delimitare le conoscenze trasmissibili in questo ambito si possono ritrovare nella legge e nel codice di deontologia.

Lo stesso articolo 21 del codice deontologico della professione dello psicologo prevede che all'interno delle discipline psicologiche non si possano insegnare gli strumenti conoscitivi e di intervento alle persone che non abbiano i requisiti previsti. Gli «strumenti conoscitivi e di intervento» sono appunto quelle conoscenze psicologiche che, ai sensi dell'art. 1 l. 56/1989, sono dirette all'attività terapeutica.

Sebbene da qualche parte si sostenga che la differenza tra *counselling* e psicologia sia piuttosto tenue, gli stessi attori della controversia in esame e la letteratura riconoscono come l'attività terapeutica siano riservate alla professione di psicologo<sup>(45)</sup>.

---

Campbell e Cosans c. Regno-Unito, del 25 febbraio 1982, § 33, serie A n. 48.

<sup>(44)</sup> Ci si permette, sul punto, il rinvio a R. CIPPITANI, *L'ordinamento giuridico nella Società della conoscenza*, in ID. (a cura di), *Società della Conoscenza e Cultura dell'Integrazione*, Roma – Perugia, 2012, p. 175 ss.

<sup>(45)</sup> R. SABATINI, *Manuale di counselling*, cit., p. 15 ss. Si tenga anche conto che, secondo la definizione riportata nell'art. 6 dello Statuto dell'Associazione CNCP (Coordinamento Nazionale Counsellor Professionisti): «Il Counsellor è la figura professionale che aiuta a cercare soluzioni di specifici problemi di natura non psicopatologica e, in tale ambito, a prendere decisioni, a gestire crisi, a migliorare relazioni, a sviluppare risorse, a promuovere e a sviluppare la consapevolezza personale su specifici temi. L'obiettivo del Counselling è fornire ai Clienti opportunità e sostegno per sviluppare le loro risorse e promuovere il loro benessere come individui e come membri della società affrontando specifiche difficoltà o momenti di crisi.» Il Codice deontologico dell'Associazione CNCP al punto C, inoltre, sottolinea che «Sarà cura del Counsellor mantenere la relazione di Counselling entro limiti di tempo, di obiettivi e di contenuti tali da non creare sovrapposizioni indebite con quanto attiene ad un trattamento psicoterapico».

Trattandosi, comunque, di delimitare una libertà costituzionalmente garantita, come l'insegnamento, è opportuno individuare in modo trasparente e proporzionale quali siano gli strumenti terapeutici tipici della professione di psicologo.

Della necessità di operare una tale delimitazione è prova la circostanza che il Consiglio Nazionale dell'Ordine degli Psicologici, attraverso il Gruppo di lavoro sugli «atti tipici», ha elaborato un parere sulla Diagnosi psicologica e psicopatologica del 29 maggio 2009. Tale documento, oltre a definire la diagnosi psicologica e psicopatologica, individua gli strumenti diagnostici che vanno utilizzati dai professionisti abilitati «lungo un continuum che va dal minore al maggior grado di formalizzazione».

Detti strumenti consistono nell'osservazione clinica; nel colloquio psicologico non strutturato; nell'intervista strutturata che si avvale di schemi prefissati; nei test psicodiagnostici che «si avvalgono di una strumentazione specifica per ciascuna categoria testologica a seconda della natura del test stesso»<sup>(46)</sup>.

Il documento in parola ricorda come la competenza del professionista si basa sulla conoscenza della metodologia diagnostica e sulla sua formazione, dove per formazione si intende «l'integrazione delle conoscenze di base del settore acquisite con il titolo di studio (laurea in psicologia) con il training specifico per aree diagnostiche omogenee (ad esempio, il *testing* in età evolutiva o in neuropsicologia, i questionari multi-tratto di personalità, il *testing* proiettivo), le supervisioni effettuate nelle varie aree tematiche del *testing*, le esperienze cliniche maturate sul campo, l'aggiornamento permanente che consente a ciascuno psicologo di selezionare il materiale testologico in base agli studi di affidabilità e validità pubblicati nel tempo in letteratura».

Il parere riportato definisce, per le linee generali, accanto agli strumenti diagnostici anche il quadro delle competenze necessarie a utilizzare detti strumenti. Si cita a riguardo anche il Meta-Codice di Etica della Federazione Europea delle Associazioni di Psicologi del 2005, il quale prevede nell'art.

---

<sup>(46)</sup> V. anche il documento elaborato dall'Ordine degli Psicologi della Lombardia sulla definizioni degli atti tipici dello psicologo, che si può reperire su: [http://www.opl.it/media/progetto%20atti%20tipici/20120229\\_AttiTipicidellopsicologo\\_rev.pdf](http://www.opl.it/media/progetto%20atti%20tipici/20120229_AttiTipicidellopsicologo_rev.pdf).

3.2 l'obbligo per lo psicologo di «praticare entro i limiti di competenza derivanti dalla formazione, dal training e dall'esperienza; di conoscenza delle procedure specifiche per differenti ambiti di applicazione e dei limiti delle procedure stesse; di esercitare in conformità della conoscenza della comunità psicologica, delle sue teorie e metodi e dello sviluppo critico della stessa; di bilanciare il bisogno di essere cauti quando si usano nuovi metodi, con la consapevolezza che nuove aree di pratica e nuovi metodi continueranno ad emergere e che ciò costituisce uno sviluppo positivo; di uno sviluppo professionale continuo». L'art. 5 del Codice Deontologico italiano del 2006 inoltre stabilisce che: «Lo psicologo è tenuto a mantenere un livello adeguato di preparazione professionale e ad aggiornarsi nella propria disciplina specificatamente nel settore in cui opera. Riconosce i limiti della propria competenza ed usa, pertanto, solo strumenti teorico-pratici per i quali ha acquisito adeguata competenza e, ove necessario, formale autorizzazione».

Gli strumenti sopra indicati vanno applicati in contesto professionale, e quindi nell'ambito dei paradigmi scientifici della comunità degli psicologi<sup>(47)</sup>.

#### 4. — *Insegnamento e norme deontologiche.*

Il caso esaminato nel paragrafo precedente permette di introdurre una ulteriore questione e cioè se l'attività di insegnamento, soprattutto quella in ambito professionale, possa essere a vario titolo influenzata e quindi limitata da regole non legislative, quali quelle deontologiche dei professionisti coinvolti nei processi educativi (come docenti o come allievi).

Le norme deontologiche — ed in generale quelle derivanti dalla autoregolamentazione di categorie professionali — consistono in una tecnica di

---

<sup>(47)</sup> Come sintetizza il documento sugli atti tipici, citato nella nota precedente: «L'intervento dello psicologo è proprio legato all'utilizzo delle tecniche basate su un metodo che si riferisce ad una teoria psicologica e, quindi, è proprio lo psicologo che ha le conoscenze per utilizzare i test (strumenti), perché conosce le teorie e i metodi utili per scegliere la tecnica più adeguata. Va da sé che la presentazione di uno strumento (es. un test) o di una tecnica (es. ipnosi) caratterizzata da un fine (la salute individuale) costituisce esercizio abusivo di professione psicologica. Altresì il colloquio informale, come un test estratto da una rivista qualunque, è di libero utilizzo e nulla ha a che fare con la prassi psicologica» (p. 18).

normazione che si caratterizza per la coincidenza di chi pone le regole e chi è destinatario di dette regole<sup>(48)</sup>.

Questo tipo di regole possono essere autonomamente decise dagli appartenenti ad una categoria, senza che vi sia una specifica previsione di legge<sup>(49)</sup>.

In generale questo potere di dettare regole interne è riconosciuto come espressione della loro autonomia<sup>(50)</sup>, che oggi ha un rilievo costituzionale ai sensi dell'art. 2 Cost..

Tali regole, seppure stabilite da fonti di produzione non statale, hanno una importanza giuridica notevole per disciplinare le condotte all'interno del gruppo, come accade nella irrogazione delle sanzioni<sup>(51)</sup>.

Le regole professionali hanno, inoltre, una rilevanza giuridica che travalica i rapporti all'interno della categoria, potendo incidere sui rapporti tra gli appartenenti alla categoria ed i terzi.

Il codice civile del 1942 già considerava le «norme corporative» come fonti del diritto sublegislative (art. 1 e 3 ss. disp. prel. c.c. previgenti).

Ma indipendentemente dalla conclusa esperienza corporativa<sup>(52)</sup>, il riferimento alle regole di categoria compare nelle clausole generali di cui è disseminato il codice civile<sup>(53)</sup>. È il caso del principio di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., oppure la regola dell'integrazione con le regole d'uso del contratto

---

<sup>(48)</sup> S. STEFANELLI, Autoregolamentazione e responsabilità, in A. PALAZZO, A. SASSI, a cura di, *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, 2007, p. 271 ss.

<sup>(49)</sup> A. SIMONCINI, *I codici deontologici di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti del diritto*, in V. CUFFARO e V. RICCIUTO, *Il trattamento dei dati personali*, II, Torino, 1999.

<sup>(50)</sup> Cass. civ. Sez. Unite, 10 luglio 2003, n. 10842, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2004, 221.

<sup>(51)</sup> La Cassazione sostiene, con riguardo ai giudizi disciplinari, che l'individuazione delle regole deontologiche da parte degli organi professionali vietate non sarebbe sindacabile dal Giudice di legittimità, se congruamente motivate, attendo appunto al merito: v., per esempio, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 5 gennaio 2007, n. 37, in *Impresa*, 2007, 6, 943; Cass. civ. Sez. III, 11 ottobre 2006, n. 21732, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

<sup>(52)</sup> Il sistema corporativo è stato abrogato dal r. d.l. 9 agosto 1943, n. 721.

<sup>(53)</sup> A. BELLELLI, *Legge sulla privacy e codice deontologico dei giornalisti*, in *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 1 ss.

di cui parla l'art. 1340 c.c., qualora non vi sia contraria volontà delle parti<sup>(54)</sup>.

Negli ordinamenti giuridici odierni, poi, sempre più spesso l'elaborazione delle regole di autocondotta viene sollecitata o imposta dal diritto (nazionale o sovranazionale).

È il caso dei codici di deontologia richiamati dalla disciplina legislativa sugli ordinamenti professionali, come accade per l'art. 28, 6° co., lett. c della legge 56/1989 che regola la professione di psicologo.

Si pensi inoltre ai codici di deontologia e buona condotta, previsti dall'art. 12 del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003); al «Codice di autoregolamentazione Tv e minori», approvato il 29 novembre 2002 e recepito dalla l. 112/2004 e dall'art. 34 del Testo Unico della radiotelevisione (d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177); alla previsione di regole da parte di comitati in materia farmacologica, clinica e sperimentale (v. direttiva 2001/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 aprile 2001 concernente il «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione della sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano»)<sup>(55)</sup>.

In queste ipotesi la legge prevede una efficacia obbligatoria delle regole di categoria che riguarda direttamente i soggetti esterni al gruppo professionale<sup>(56)</sup>. Le norme deontologiche diventano vere e proprie fonti giuridiche<sup>(57)</sup>,

---

<sup>(54)</sup> G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, p. 191; A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le clausole d'uso*, in *Scritti in onore di Antonio Scialoja, III, diritto civile*, Bologna, 1953, p. 30

<sup>(55)</sup> Ai sensi dell'art. 2, par., lett. k) della direttiva citata per comitato etico si intende «organismo indipendente in uno Stato membro, composto di personale sanitario e non, incaricato di garantire la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti della sperimentazione e di fornire pubblica garanzia di questa tutela, emettendo, ad esempio, pareri sul protocollo di sperimentazione, sull'idoneità dello o degli sperimentatori, sulle strutture e sui metodi e documenti da impiegare per informare i soggetti della sperimentazione prima di ottenerne il consenso informato».

<sup>(56)</sup> G. SANTANIELLO, *I codici di deontologia nel trattamento dei dati personali*, in *interlex.it*, 24 ottobre 2002.

<sup>(57)</sup> La Cassazione penale a riguardo considera illegittima anche la condotta contraria

alle quali va riconosciuto il rango di disposizioni di natura regolamentare emesse da soggetti non statuali (art. 3 disp. prel. c.c.)<sup>(58)</sup>.

La elaborazione delle regole di condotta, da parte dei gruppi professionali, è tra gli esempi più evidenti della tendenza odierna alla «formazione negoziale del diritto»<sup>(59)</sup> e della creazione di ordinamenti giuridici settoriali<sup>(60)</sup>, che applicano principi costituzionali anche di carattere sovranazionale quale quello della sussidiarietà (v. art. 5 Trattato Unione Europea; art. 118 Cost.)<sup>(61)</sup> e della solidarietà (art. 2 Cost.).

Il ricorso ad una normazione multilivello<sup>(62)</sup>, come quella deontologica e quella bioetica, è particolarmente efficace in ambiti nei quali si confrontano interessi di rilievo costituzionale potenzialmente in contrasto<sup>(63)</sup>.

I codici di autocondotta e le disposizioni similari sono previsti proprio per regolare conflitti tra diritti costituzionali differenti, quali, nel campo professionale e soprattutto terapeutico, la libertà di svolgere una data attività (professionale, didattica, scientifica) e il diritto alla salute o altri diritti individuali. Di fronte al potenziale contrasto tra diritti e nella consapevolezza che l'intervento normativo statale sarebbe rigido e unilaterale, si preferisce

---

a regole di deontologia professionale: v. Cass. pen. Sez. VI, 6 luglio 2005, n. 36592, in *Riv. Pen.*, 2006, 1, 55.

<sup>(58)</sup> Cass. civ. Sez. Unite, 3 maggio 2005, n. 9097, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

<sup>(59)</sup> N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307 ss.

<sup>(60)</sup> G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 45 ss., che parla dell'odierno spazio di libertà riconosciuto ai gruppi, che si contrappone all'idea statualista del positivismo giuridico.

<sup>(61)</sup> Come afferma la Commissione europea nella sua Relazione sul funzionamento del Trattato dell'Unione europea del 10 maggio 1995, sussidiarietà «Significa che ogni problema deve essere affrontato al livello più opportuno – locale, regionale, nazionale - cioè al livello che garantisca la più efficace soluzione».

<sup>(62)</sup> Cfr. S. MONNIER, *Les comités d'éthique et le droit : Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, Paris, 2009, p. 20 ss.

<sup>(63)</sup> Si parla di etica normativa, come della individuazione delle linee di condotta preferibili, giustificandole mediante il ricorso a norme, valori e principi e a teorie etiche, che forniscano criteri di scelta nel caso di conflitti (P. BORSSELLINO, *Bioetica tra «moralità» e diritto*, Milano, 2009, p. 4).

demandare alla categoria professionale la definizione del contenuto delle regole che in concreto saranno applicate.

La scelta del riferimento ai codici di condotta professionale, espressione di un approccio non normativo, si combina spesso con le regole legislative in modo da costituire un sistema soggetto ai principi fondamentali ma aperto soprattutto ai mutamenti della tecnica<sup>(64)</sup>.

Riguardo alla questione se le norme deontologiche possono regolare, ed eventualmente limitare, diritti di rango costituzionale, la risposta è in astratto positiva.

La Corte Costituzionale ritiene che i codici deontologici possano validamente regolare l'esercizio delle attività professionali e concorrere alla definizione dei diritti e degli obblighi dei professionisti<sup>(65)</sup>.

Le norme deontologiche, infatti, individuano i parametri di svolgimento delle attività professionali nell'ambito della Costituzione e delle leggi<sup>(66)</sup>.

Per questo motivo tali regole, soprattutto se richiamate dalla legge, devono rispettare i precetti costituzionali o comunque i principi generali dell'ordinamento<sup>(67)</sup> e non possono comunque porsi in contrasto con la legge<sup>(68)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 139 s.

<sup>(65)</sup> V. per esempio l'ordinanza della Corte cost. del 10 luglio 2002 n. 381 in cui si fa riferimento a «la funzione e la natura della professione di avvocato, anche alla luce del vigente codice di deontologia».

<sup>(66)</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 7 febbraio 2006, n. 2509, in *Mass. Giur. It.*, 2006

<sup>(67)</sup> In dottrina G. ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in P. ZATTI, *Le fonti di autodisciplina*, Padova, 1996, p. 3 ss., sottolinea che «le regole autopoetiche debbono uniformarsi ad una tavola di valori che non si può porre in contrasto con quella che sta alla base dell'ordinamento. Per dirlo con altre parole, la creazione negoziale non può farsi strumento di prevaricazione del più forte sul più debole, né strumento di contrasto con l'ordinamento, né strumento di elusione delle regole dell'ordinamento. Da qui il richiamo al valore della solidarietà, che si affianca a quello della libertà». In giurisprudenza cfr. Cass. civ. Sez. III, 4 giugno 1999, n. 5452, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 416; conf. Cons. Stato Sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 122, in *Dir. Proc. Ammin.*, 1998, 193 nota di LOMBARDI.

<sup>(68)</sup> V. come esempio la sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna Bologna (sent. del 12 gennaio 2010, n. 16, in *Corriere del Merito*, 2010, 3, 322) che dichiara l'intimazione dell'Ordine dei medici di cessare le iniziative pubblicitarie di alcuni professionisti in applicazione del codice di deontologia, sulla base del contrasto con l'art. 2, lett. b) del D.L. n. 223/2006 (c.d.

Le norme deontologiche possono quindi anche contribuire alla limitazione di un diritto costituzionale quale l'insegnamento, così come le norme legislative, soprattutto quando sono a tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Si pensi, per esempio, ai richiami ai doveri deontologici dei giornalisti per limitare il loro diritto di espressione e di critica (art. 21 Cost.) quando si tratta di tutelare altri interessi quali quello alla riservatezza, onore e reputazione, anch'essi protetti dalla Costituzione ai sensi dell'art. 2 Cost.<sup>(69)</sup>.

Con riferimento specifico all'attività terapeutica, la tutela dei diritti del paziente (quello alla salute e del consenso informato) va assicurata anche attraverso il rispetto delle regole di deontologia professionale<sup>(70)</sup>. Anzi in tali materie «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione», come anche stabilito dal codice di deontologia medica.

Le norme deontologiche, per loro natura, non sono suscettibili di una rigida tipizzazione per quel che riguarda la loro individuazione.

Si prenda il parere sulla Diagnosi psicologica e psicopatologica del 29 maggio 2009 citato per la individuazione delle tecniche diagnostiche riservate agli psicologi.

Documenti come il detto parere, sebbene non direttamente riconducibili al codice di deontologia previsto dalla legge, possono essere intesi comunque come mezzo di interpretazione della legge e delle norme deontologiche. Nello specifico l'art. 28, 6° co., lett. f), riconosce tra i compiti del Consiglio

---

“decreto Bersani”), convertito in legge n. 248/2006.

<sup>(69)</sup> Cass. pen. Sez. V, 17 luglio 2009, n. 45051, in *CED Cassazione*, 2009; Corte europea diritti dell'uomo, 21 gennaio 1999, Comm. europea dir. uomo c. Rep. Francia e altri, in *Foro It.*, 2000, IV, 153.

<sup>(70)</sup> V. la parte motiva di Corte cost. sent. del 19 giugno 2002, n. 282.

Nazionale dell'Ordine degli Psicologici anche quello di esprimere pareri.

Secondo la giurisprudenza le norme deontologiche non possono essere tipizzate in modo rigido, e si prestano ad essere definite con ulteriori provvedimenti dagli ordini professionali<sup>(71)</sup>.

Si ritiene infatti che possa essere riconosciuta una doverosità anche con riferimento a condotte non esplicitamente previste nei codici deontologici<sup>(72)</sup>, potendosi prevedere fattispecie sanzionatorie a «forma libera» che «possono ispirarsi legittimamente a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività»<sup>(73)</sup>.

Il carattere aperto delle norme deontologiche non è considerato di per sé in contrasto con i principi costituzionali, tra i quali quello della difesa, in quanto gli ordinamenti professionali presentano garanzie di tutela dei professionisti, non ultima quello di potere impugnare davanti l'autorità giudiziaria le decisioni e le stesse regole di comportamento (cfr. 17 l. 56/1989 per quanto riguarda l'ordine degli psicologi).

---

<sup>(71)</sup> Cass. civ. Sez. Unite, 7 novembre 2011, n. 23020, in [leggiditalia.it](http://leggiditalia.it).

<sup>(72)</sup> La Cassazione, per esempio, deve riconoscersi l'esistenza del dovere dello psicologo di non avere rapporti sentimentali e sessuali con i propri pazienti, indipendentemente dalla codifica deontologica (Cass. civ. Sez. III, 3 dicembre 2007, n. 25183, in [leggiditalia.it](http://leggiditalia.it)).

<sup>(73)</sup> Cass. civ. Sez. Unite, 7 luglio 2009, n. 15852, in *Mass. Giur. It.*, 2009.



VALENTINA COLCELLI\*

CONSTITUTION OF THE *STATUS* OF FILIATION,  
BIRTH REGISTRATION AND THE CHILD'S RIGHT  
TO KNOW *HIS/HER* ORIGIN IN THE ITALIAN  
LEGAL SYSTEM. A BRIEF COMMENT

SUMMARY: 1. Introduction. — 2. Anonymous Birth and the child's right to know their own origins, a comparison view. — 3. The conflict of interest between the mother's right to anonymity and the child's right to know their own origins. — 4. The mother's right to remain anonymous on the birth certificate in the Italian legal system. — 5. The registration of birth and the child's filiation *status* — 6. Tracing back to the mother's name in the Italian legal system. — 6.1. Tracing back to the mother's name in the case of an adopted child. — 7. The position of the Italian Constitutional Court. — 8. The mother's right to remain anonymous and the child's conflicting right to know their origins in accordance with the findings of the European Court of Human Rights. — 8.1. The right of an individual to access personal data regarding their origins and the notion of "respect" for "private and family life". — 9. The position of the European Union regarding the Abandonment of Children. Helping to resolve the conflict of interests between the mother's right to anonymity and the child's right to know their own origins. — 10. Closing remarks.

1. — *Introduction.*

This paper is inspired by an article written by Barbara Willenbacher called «Legal Transfer Of French Traditions? German And Austrian Initiatives to Introduce Anonymous Birth». The article mentioned above examines French, German, and Austrian initiatives to introduce anonymous birth<sup>(1)</sup>,

---

\* Ph.D (University of Perugia, Italy) Research fellow (Faculty of Law, University of Perugia); Lawyer.

<sup>(1)</sup> B. WILLENBACHER, *Legal Transfer Of French Traditions? German And Austrian Initiatives To Introduce Anonymous Birth*, 18, 2004, in *Int'l J.L. Pol & Fam.*, p. 343 ss.

but does not include an analysis of the Italian regulation of anonymous birth.

Willenbacher's article analyses the legal situation of anonymous birth, baby boxes in Switzerland, and Austrian and German practices compared to those in France. The present paper also addresses the Italian legal system related to this subject.

In the Italian legal system, the *Decreto del Presidente della Repubblica* of November 3rd 2000, n. 396 (Civil *Status* Law), allows the mother the right not to be named on the birth certificate. This paper aims to investigate the relationship between the mother's right to remain anonymous and the newborn's right to know their own origins in the Italian legal system, and the degree of compatibility between these two rights. The paper starts by presenting some definitions and distinctions pertaining to the child's right to know their origins, in contrast with the right of the mother to remain anonymous. Then, following an explanation of this conflict between the right to anonymous birth and the child's right to know their own origins in some European countries, the article goes on to analyse the function of birth registration in the Italian legal system (section 4). Sections n. 3 and n. 5 present issues relating to the conflicting interests of the mother's right to remain anonymous and the newborn's right to know their own origins in the Italian legal system. The child's right to know his/her own origins contrasts with the mother's right to remain anonymous on the birth certificate; at the same time the legitimate choice of the mother to remain anonymous could damage the position of the biological father, in that he could be left without means of finding out that his child exists when the birth is registered. It should be noted that the father can also decide to remain unnamed on the child's birth certificate. Birth registration regulation, laws concerning privacy, and specific rules regarding the abandonment of children could prove to be of considerable importance in striking the balance between the child's right to know their own origins and the mother's right to anonymity.

The problem of the compatibility of the mother's right to remain anonymous and the child's right to know their origins has been analysed by the Constitutional Court and by the European Convention of Human

Rights (sections n. 6 and 7). This paper (section n. 8) ends by assessing the implementation of the right to know one's origins and the mother's right to remain anonymous in the framework of the EU legal system.

This paper finds that neither of the above mentioned interests and rights (the child's right to know their origins, and the mother's right to remain anonymous) should be regarded as absolute, and suggests ways in which a balance can be found between them.

2. — *Anonymous Birth and the child's right to know their own origins, a comparison view.*

According to above mentioned Barbara Willenbacher's article, legal proposals concerning the introduction of anonymous birth in Germany go back to 2002. The first of these was rejected by the *Bundestag*; the second, proposed by the *Brandenburg state* to the *Bundesrad*, was addressed to the competent commissions in order to be re-submitted to the *Bundestag*. Meanwhile, in many German cities, various *Babyklappe* have been opened. *Babyklappe* are places in which mothers may leave their newborn children in safe conditions. At the same time, the debate about the child's right to know his/her own origins has been under way since the 1970s, and the constitutional support for this as a right of the individual is now extensively recognized and accepted in the related literature (*Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*, art. 2 (1) *Grundgesetz* and *Menschenwürde*, art. 1 (1) *Grundgesetz*)<sup>(2)</sup>. In the decision of February 13th 2007, the Federal Constitutional Court invited the German legislator to introduce a system to guarantee the child's right to know their origins by carrying out exams in order to ascertain genetic links with the child. Thus, the law of March 26th 2008, *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*,

---

<sup>(2)</sup> S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (edit by), *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, II, in *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, pp. 833-864.

consequently amended § 1598 of the *Bürgerliches Gesetzbuch*, introducing the *Kindschaftssache* (§ 640 *Zivilprozessordnung*). As a result, a judge can order a paternity inquiry, even in the absence of the other parent's consent. For adoptions, the § 61, second paragraph of *PstG*, allows the adopted child once they reach 16 years old, to consult the Civil *Status* Register in which their genetic origin is listed<sup>(3)</sup>.

In the UK legal system, the 1989 *Children Act* — which came into force in 1991 — simultaneously introduced the *Adoption Contact Register*, in order to allow contact between the adopted individual and their biological parents. This law allows the adopted adult to access all relevant information about their pre-adoption history.

In the Netherlands the Supreme Court recognised, in the judgement of April 15th 1994, the fundamental right of the child to fully and freely develop their own personality, including the right to know the identity of their biological parents. This, however, is not yet absolute<sup>(4)</sup>.

The Spanish literature supports the right of the individual to know their own biological origins as an aspect of human dignity and the right to free personal development<sup>(5)</sup>. Similarly, in Portugal, this right is based on art. 1 of the Constitution (human dignity), art. 26 n.1 (right to personal identity) and art. 25 n. 1 (the right of personal development)<sup>(6)</sup>

---

<sup>(3)</sup> F. FURKEL, *Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1997, p. 939 ss.; M. LÖNIG, *Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern*, Verlag, 2004, p. 48 ss.

<sup>(4)</sup> S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., pp. 833-864.

<sup>(5)</sup> M. GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho del adoptado a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000; C. Quesada González, *El derecho (constitucional?) a conocer el propio origen biológico*, in *Anuario de Derecho Civil*, 2, 1994, p. 237; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)*, in *Actualidad Civil*, 2, 2003, p. 593; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Mater semper certa est? Problema de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1, 1997, p. 5; N. MAGALDI, *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid, 2004.

<sup>(6)</sup> R. VALE E REIS, *The Right to know One's Genetic Origins: Portuguese solutions in a comparative Perspective*, in *European Review of Private Law*, 5, 2008, p. 779 ss.

Baby boxes, or baby nests, exist in Prague, Krakow, Warsaw, Johannesburg, Budapest, Antwerp, Switzerland and Austria. In Hungary, mothers can anonymously leave newborn children in an unattended room in public hospitals<sup>(7)</sup>.

3. — *The conflict of interest between the mother's right to anonymity and the child's right to know their own origins.*

With the Law of Civil Status, reformed by *Decreto del Presidente della Repubblica* of November 3rd 2000, n. 396, the Italian legal system allows the mother the right not to be named<sup>(8)</sup> on the birth certificate. The mother may therefore decide to remain anonymous. In Italy there are 22 places in which a mother can leave newborn children, based on the model of *babyklappe*<sup>(9)</sup>. But the legal recognition of the child regards the fundamental and constitutional principle that every child has the right to be maintained and educated by their own parents, as a consequence of the decision taken at the moment of the procreation<sup>(10)</sup>.

As well as the mother's right to be anonymous, there are other strongly related and interacting rights that have a problematic coexistence. Potentially contrasting rights include the right of the newborn to know his/her own origins, and the possible exclusion of the biological father from the birth registration, which may make it impossible for him to have a parental relationship with his child as a result of the mother's choice to remain anonymous.

<sup>(7)</sup> S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., p. 357.

<sup>(8)</sup> Art. 30, point 1, of *Decreto del Presidente della Repubblica* of November, 3, 2000, n. 396.

<sup>(9)</sup> S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., p. 357.

<sup>(10)</sup> A. PALAZZO, *La filiazione, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, A. CICU e F. MESSINEO (ed), Milano, 2007, p. 264; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, Trattato Vassalli, III, 2, Torino, 1987; M. SESTA, *La filiazione, Trattato dir. priv.*, direct by M. BESSONE, III, Torino, 1999, p. 52.

Knowledge of one's own origins could prove to be important. For instance, it could have a meaningful role in an individual's health, if a genetic diagnosis of a child's illness is made possible through the knowledge of their mother or father's DNA. At the same time, being able to answer the questions "who am I?" and "where do I come from?" can be important in the development of the individual<sup>(11)</sup>. But it may not be so easy to satisfy the child's aspirations without granting them the necessary tools, also in legal terms. Psychological studies<sup>(12)</sup> have shown that the question of one's own origins often arises during adolescence, or post-adolescent age, in adopted children. Indeed, knowledge of one's own origins can play a role in an individual's health, when the onset of genetic pathologies call for the genetic diagnosis of the child's illness by making use of knowledge of the mother or father's DNA.

Furthermore, the idealization of a biological mother and father is typical among individuals with no knowledge of their origins, such as those who have been adopted<sup>(13)</sup>. Such representations of biological parents can have a magnetic strength, as they do not allow any room for the intrusion of reality or any correction of idealized aspects. This is another reason why the adoptive parents may feel the need to know the identity of the natural parents of the child, to overcome the dawning difficulties that may develop as they bring up the adopted child, in particular, in trying to help the child overcome any problems or suffering they may feel as a result of the adoption.

Both the adopted child and the adoptive parents are interested in creating a calm and balanced family relationship. This legitimizes the adoptive parents' interest in finding out about the natural origin of the child.

---

<sup>(11)</sup> M. D. SCHECHTER, D. BERTOCCHI, *The Meaning of the Search*, in D. M. BRODZINSKY & M. D. SCHECHTER (Eds.), *The Psychology of Adoption*, Oxford, 1990, pp. 62-90.

<sup>(12)</sup> M. D. SCHECHTER, D. BERTOCCHI, *The Meaning of the Search*, cit. pp. 62-90.

<sup>(13)</sup> M. FARRI MONACO, M. T. NIRO, *Adolescenti e adozione. Una Odissea verso l'identità*, Torino, 1999.

4. — *The mother's right to remain anonymous on the birth certificate in the Italian legal system.*

The mother need not be named during the registration of the birth in the Italian legal system<sup>(14)</sup>. This legal recognition of the child can be defined as a “formal document” prepared by the person who registers the event of the birth<sup>(15)</sup>. The event of the birth precedes the registration of the birth, and thus the birth certificate is the public declaration of the event<sup>(16)</sup>.

The system of legal recognition of a child and the declaration of filiations may be studied in a unitary manner, without distinctions being made between children born to married and unmarried parents<sup>(17)</sup>. When family law was reformed in 1975, full effect was given to article 30 of the Italian Constitution, which provides that the law must guarantee children born outside wedlock full legal and social protection, compatible with the rights of the members of a legitimate family. Exact equality was thus established, from the viewpoint of patrimonial rights, between the legal *status* of a natural child (born out of wedlock) and that of a legitimate child. The *status* of filiations – the *status* of the child as legitimate or illegitimate – is recognized through an act, that is to say, a formal act<sup>(18)</sup>, because the legal recognition of the child occurs with the registration of birth<sup>(19)</sup>.

In the Italian legal system the registration of a birth can be made during the three days following the date of birth, the responsibility for which lies

---

<sup>(14)</sup> Art. 30 *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 396/2000 (*Nuovo ordinamento dello stato civile* \ Civil Status Law).

<sup>(15)</sup> Art. 236, 1, Italian Civil Code.

<sup>(16)</sup> A. PALAZZO, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, *Riv. dir. civ.*, 52, 2, 2006, p. 145

<sup>(17)</sup> Artt. 29 and 30 *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 396/2000.

<sup>(18)</sup> S. ARENA, *Le procedure dello stato civile: dichiarazione di nascita, riconoscimento, legittimazione, pubblicazioni del matrimonio civile e concordatario, matrimonio civile*, Minerbio, 1987, p. 7).

<sup>(19)</sup> See art. 24 International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations General Assembly.

with the general manager of the hospital (Direttore Sanitario) <sup>(20)</sup>.

With regard to the mother's right not be named, the hospital registration of birth may be made by the doctor, obstetrician or other persons present at the birth. The mother who wants to remain anonymous has to express her will to the doctor, obstetrician or other persons who were present at the birth, or, before giving birth, to a hospital social worker.

A declaration of birth made to the general manager of the hospital does not require a prescribed form. On the contrary, registration in the register of births, marriages and deaths requires an attestation of birth by the doctor, the birth assistance certificate.

Within ten days of the date of birth the child should be registered in the register of births, marriages and deaths at the town hall of the city in which the father or mother is domiciled, in this case immaterial of whether or not they both agree to this. At the same time, the child should also be registered at the town hall of the city in which the child was born. The registration may be made by the father or the mother, or jointly by both parents, or by a special procurator <sup>(21)</sup>, with the mother's desire not to be named always taken into account. The child's registration in the "Register of births, marriages and deaths" is the act of birth. The act of birth is a declaration of the legal recognition of the child made by one or both parents with the formal support of declaration of birth. The birth certificate is the formal document filled out by a public officer that files the information present in the act of birth and has the function of noting the place and date of birth.

5. — *The registration of birth and the child's filiation status.*

The act of birth and the birth certificate provide a person with documentary evidence of their *status*. Their *status* (the fact of birth) is

---

<sup>(20)</sup> See *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 396/2000.

<sup>(21)</sup> See artt. 29 e 30 Italian Civil *Status* Law.

therefore incorporated in the document (act of birth and birth certificate)<sup>(22)</sup>. According to the literature<sup>(23)</sup>, the document is the fact on which the juridical legal system determines the juridical relationship between child and parents. The act of birth qualifies as a fact the *status* of filiations<sup>(24)</sup>. The act of birth qualifies the child's *status* in relation to the *status* of the parents. This depends on whether the father and mother are married or not at the time of the registration of the child's birth, because the declaration of the parents may or may not be integrated by the presumption of legitimacy<sup>(25)</sup>. According to the legal system, a child born to a married woman is the legitimate child of her husband<sup>(26)</sup>. A legitimate child is a member of the family and therefore has a relationship, in legal terms, with the family and its relatives by marriage. The husband is presumed to be the father of a child conceived in marriage (art. 231 of the Civil Code). Conception during marriage is presumed to have taken place in the period from the 180th day following the celebration of the marriage to 300 days after the husband's death or divorce (art. 232 of the Civil Code).

In the Italian legal system, for children born to married parents, the child is formally and legally recognized through their registration by the mother or father in a formal document of birth. Legitimate filiation is evidenced by the act of birth and the birth certificate recorded in the civil registry. Thus, the act of birth and birth certificate are preclusive evidence and have greater effect with respect to the presumption of legitimacy<sup>(27)</sup>. In the absence of a birth certificate, the child's legitimacy may be proved by continuous apparent *status* established by various facts (name, treatment, reputation), which reveal its filiations and relationship (art. 236 of the Civil Code). Any person who does not have the *status* of a legitimate child and wishes to

---

<sup>(22)</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 264.

<sup>(23)</sup> D. BARBERO, *Titolo di stato e stato di filiazione legittima*, in *Studi legislativi sulla filiazione*, Milano, 1952, p. 76 ss.

<sup>(24)</sup> A. CICU, *La filiazione*, *Trattato Vassalli* (ed), III, 2, Torino, 1969, p. 6.

<sup>(25)</sup> See art. 232, 1 §, of Italian Civil Code.

<sup>(26)</sup> D. BARBERO, *Titolo di stato e stato di filiazione legittima*, cit., p. 76.

<sup>(27)</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 264

acquire it may bring a legitimacy suit. A child may bring such a suit against their parents or their heirs. Should the child die, the suit may be transmitted to their descendants. The suit is not subject to limitations for the child (art. 249 of the Civil Code).

For children born to unmarried parents, the child is formally and legally recognized by the mother, or the registration of a formal document of birth, as filed by the mother or the father, but also requires a statement in a will or other prescribed document signed by a Notary (art. 254 of the Civil Code). Indeed, a natural child may be recognized (jointly or separately) by the father or the mother, provided that they are at least 16 years old, even if they were married to another person at the time of conception (art. 250 of the Civil Code). A predeceased child may also be recognized in favour of the legitimate descendants and recognized natural children (art. 255 of the Civil Code). Recognition is also possible prior to birth, but following conception (art. 254 of the Civil Code).

Recognition is irrevocable, but its veracity may be contested by its author and by the child recognized (arts. 263-264 of the Civil Code).

In the new Italian system of birth registration, the public officer in charge of the register of births, marriages and deaths has no power to check the validity of the parents' declaration, or that of other persons who are qualified to give information concerning a birth<sup>(28)</sup>.

6. — *Tracing back to the mother's name in the Italian legal system.*

As previously noted, the mother's name may be omitted during the registration of a birth. However, in the Italian legal system it is possible to trace back to the mother's name and address, starting with the information provided to the nurses at birth, in particular according to *Decreto Ministeriale* n. 349/2001. The form used for certification renders this possible, even if,

---

<sup>(28)</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, A. CICU e F. MESSINEO (ed), Milano, 2007, p. 264

in accordance with the articles of the Italian Civil Code, the mother wishes to give birth anonymously (non recognised child or anonymous filiations). In any case, the birth assistance certificate filed by the general manager of the hospital (with no data) can be linked to the information provided in the clinical folder at the hospital where the birth takes place. Under these conditions, the identification of the biological mother is technically possible<sup>(29)</sup>

6.1. — *Tracing back to the mother's name in the case of an adopted child.*

This can also apply to the case of an abandoned child who is subsequently adopted.

According to article 93, par 2, of the Italian law on Adoption (May 4th 1983 n. 184), the birth assistance certificate, as filed by the general manager of the hospital, in which the data relating to the mother who asks to remain anonymous are included, can be accessed. This certificate can be released to any interested parties, according to the law, ten years after the form's compilation. After this period, the limits of paragraph. 3 of the above mentioned article 93 are no longer applicable, and the mother may be identified.

As a result, a legally recognised child that is later adopted according to art. 29, par. 5, of law May 4th 1983 n. 184, at the age of 25, can unconditionally access information about their origins, or about their parents' identity; the same norm does not apply to the legally unrecognised child, if its mother had stated that she did not want to be identified.

Adoption law reform<sup>(30)</sup> has introduced profound innovations on this point, when compared to the previously existing norms, which state that adopted children have the right to be informed of their adoptive history

<sup>(29)</sup> S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit.

<sup>(30)</sup> A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dell'adozione di persone maggiori di età*, Artt. 291-314, *Commentario al codice civile* Scialoja Branca, Galgano F.(ed), Bologna-Roma, 1995, pp. 141 and 164; M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, *Il codice civile. Commentario*, (ed), P. SCHLESINGER P., F.D. Busnelli F.D., Milano, 2002, p. 640.; E. PALMERINI, *Commento all'art. 28, commi 4 - 8*, in *Commentario della legge 28 marzo 2001*, 149, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 1016.

and that biological parents should provide this information in the form and timeframe considered most suitable. This right to information is due to the guarantee of the psychological balance of personal dignity<sup>(31)</sup>, and also common sense considerations, in order to avoid the knowledge of one's personal history becoming the result of unfortunate circumstances or being unexpectedly disclosed by third parties. In this regard the consideration of the child being aware of their own individual history is crucial, in making them feel part of a family, and later part of society at large.

This knowledge can be provided before the above-mentioned 25 years have passed if serious reasons exist relating to the child's mental and physical health. The decision is made on a request for anticipated information by a decree of the *Tribunale dei Minorenni* (juvenile court). The juvenile court first gathers all relevant information regarding the mental and physical health of the requesting party, in order to understand if access to this information might prove harmful to the mental condition of the individual<sup>(32)</sup>. This authorisation is not needed if the adopted person (in adulthood) has lost their adoptive parents, be it because they have passed away or if they cannot be found<sup>(33)</sup>. The adoptive parents of a child can similarly access reserved information for serious reasons<sup>(34)</sup>. The hospital that holds the personal data can also have access to the information in cases of urgent need, if the health of the child is in danger<sup>(35)</sup>.

According to article 3, par 1, of *Decreto del Presidente della Repubblica* of November 3rd 2000, n. 396 (Civil *Status* law), the juridical obstacle persists if the mother does not want to be named. The norm re-states the content of the previous article. 70 of the Royal Decree of July 9th 1939, n. 1238.

---

<sup>(31)</sup> M. CROOK, *L'immagine allo specchio. Adolescenti e adozione*, Roma, 2003, P. GAMBINI, *Psicologia della famiglia. La prospettiva sistemico relazionale*, Roma, 2007, p. 301.

<sup>(32)</sup> Art. 28, par. 5, Italian Adoption law.

<sup>(33)</sup> Art. 28, par. 8, Italian Adoption law.

<sup>(34)</sup> Art. 28, par. 4. Italian Adoption law.

<sup>(35)</sup> Art. 28, par. 4. Italian Adoption law

According to article 11 of the adoption law, immediately after an anonymous birth the declaration of adoptability can be delayed for up to two months, in order to offer the mother the possibility to change her mind when she, or the father, asks for the term to decide on recognition.

At birth, and if possible even before, assistance and information services support the mother in these delicate decisions, which must be treated with sensitivity and care.

After 70 years, the secret documents stored in the state archives, relating to people's private situations, are removed<sup>(36)</sup>. All the documents regarding the adopted child can then be accessed, with the exception of the birth assistance certificate in the clinical folder, which would allow for the identification of the mother. However, this norm was deleted by the Legislative Decree of 22nd January 2004, n. 42, which re-proposes an identical term<sup>(37)</sup> for documents stored in state, regional, or other public archives. After one hundred years, the adopted person (if still alive) or other qualified persons can access previously confidential documents without authorisation by a judge.

If the mother's decision to remain anonymous is not removed after 100 years, it would represent one of the rare exceptions<sup>(38)</sup> to the right of access to administrative documents. This is an exception to the general principle according to which the right to access prevails over the right to confidentiality when access is needed for the care and defence of the juridical rights of the requesting party.

#### 7. — *The position of the Italian Constitutional Court.*

The Italian Constitutional Court recognised the right of the mother (whatever her marital *status*) not to be mentioned on the child's birth certificate

---

<sup>(36)</sup> Art. 107 and 108 of Legislative Decree n. 490/99, *Testo Unico dei beni Culturali*.

<sup>(37)</sup> Art. 122, par. I, point *b*, of Legislative Decree n. 490/99, *Testo Unico dei beni Culturali*.

<sup>(38)</sup> Art. 24, par. 1, point (a) of law n. 241/1990.

for the first time in 1994<sup>(39)</sup>. In the opinion of the Italian Constitutional Court, any pregnant woman – even if married – can choose to remain anonymous on the birth certificate. Thus, if the name of the mother does not result on the birth certificate, it is not possible to identify the father, the husband of the anonymous mother, and presumed father of a child conceived during marriage (art. 231 of the Italian Civil Code). The choice of the mother is a preclusion of the operability of the legal presumption of legitimacy (Constitutional Court, 5th May 1994, n. 171).

Following this, the Constitutional Court<sup>(40)</sup> again recognised a woman's right to have a child in an appropriate health centre, and to maintain anonymity in the registration of the birth. For the Italian Constitutional Court such a right is compatible with adoption regulations, which were modified by the recent code of privacy<sup>(41)</sup>, which excludes the possibility of authorizing the adopted person to have access to information on their origins without the prior verification of the continued validity of the biological mother's right to not be named.

The Italian Constitutional Court does not go into depth on the nature of the child's right to know his/her origins, but concentrates its attention exclusively on the mother's right to remain anonymous in the light of the public interest of the child and the mother's health. Thus, according to the Constitutional Court, in the balance of both fundamental rights, the mother's right to remain anonymous takes precedence over the child's fundamental right to know their origins.

In the opinion of the Constitutional Court, the normative choice represents the final point of the legislative evolution of the relationship between the adopted child and his/her family of origin. The option of the pre-existing law was the total cessation of the relationship between the adopted child and his/her natural family, with only a few exceptions. The

---

<sup>(39)</sup> The reference is C. Cost., 5 May, 1994, n. 171, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 376.

<sup>(40)</sup> Constitutional Court, 16-25 November 2005, n. 425 published in *Gazzetta Ufficiale* of 30 Novembre 2005, n. 48, 1<sup>a</sup> "Serie speciale".

<sup>(41)</sup> Dlgs 196/2003.

legislation has introduced the protection of the interest of the adopted person to know their origins, taking into account the conflict between this interest and those of the biological and adoptive parents. The Court also takes into consideration the situation of a mother in difficulty and her choice to have an anonymous birth in a suitable medical centre.

However, the denial of access to information is not unlimited. In other words, different phases in the history of the non-recognised child (or of the person whose mother wants to remain anonymous) can be identified (see section 5 and section 5.1).

The Italian Constitutional Court uses the Right to Life (see art. 2 Italian Constitution) as grounds for the legislative rule on the secret nature of birth, with the aim being to discourage the choice of abortion, or unsafe abandonment which may jeopardize the survival of the newborn. Also, the same Italian administrative Court defines the mother's right to remain anonymous as an instrument in the pursuit of public interests<sup>(42)</sup>. The public interest referred to is the guarantee of the child's survival, the possibility of adoption and the assurance that the child is not abandoned in a dangerous place.

But this finding of the Constitutional Court must be appraised on its dynamics. A child that is not recognized by a mother who has chosen to maintain anonymity, and to submit the newborn to appropriate structures to guarantee their survival (when the possibility of adoption is no longer seen as protection from abortion or from abandonment in a dangerous place), could develop a genetic illness, the diagnosis and care of which may absolutely require knowledge of their genetic profile and that of their biological parents. Furthermore, such a child lives with the possible risk of psychiatric syndromes that may result from a lack of knowledge regarding their ancestry and the reasons behind their abandonment. Thus, in the above-mentioned sentence, the Constitutional Court has qualified the Right to Life as the right to a physically healthy existence, by recognizing the value of the rules that a juridical civilization produces. The Constitutional Court

---

<sup>(42)</sup> Cons. Stato, IV sez., 17 June 2003, n. 3402, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 74.

seeks to safeguard the values of liberty and human dignity more and more carefully with regard to minors and anomalous situations.

In other words, this means that the consideration of a person's psychiatric health is a fundamental value that can be of only secondary importance in a case where a person's life is threatened. For example, article 6 of the law 194/1978, which permits the voluntary abortion of a pregnancy, after ninety days of gestation, if there are malformations or pathologies which affect the child, and would not allow it to have a normal life, and are determined to represent a serious danger for the psychological health of the mother.

At the same time, art. 2 of the Italian Constitution represents the norm that protects the right of the child not to be deprived of his name, his personal identity, and to have a father and a mother. It deals with understanding provisions dictated by art. 96 and 93 of the Italian Code of Privacy, safeguarding the health of the third party by communicating information related to the mother that wants to remain anonymous, while at the same time respecting her wish not to be identified.

8. — *The mother's right to remain anonymous and the child's conflicting right to know their origins, in accordance with the findings of the European Court of Human Rights.*

The problem of the compatibility of the mother's right to remain anonymous and the child's right to know his/her own origins can be analysed through a reading of the jurisprudence of the European Court of Human Rights. ECHR judgements can help to analyze the consistency of the contrasting fundamental rights of the different subjects involved (the mother, father and child). The recent evolution of European Court of Human Rights case law is more nuanced in the balancing of the competing rights<sup>(43)</sup>. Despite the recent evolution at the ECtHR, the traditional approach

---

<sup>(43)</sup> European Court of Human rights, *Odièvre v. France*, judgment of February 13, 2003, *Reports of Judgments and Decisions*, 2003-III.

of the European Court of Human Rights<sup>(44)</sup> put the focus on the child's paramount interests<sup>(45)</sup>, in marked contrast with the Italian Constitutional Court's approach, which favours the public interest.

The European Court of Human Rights, in explaining its judgments, makes reference to articles on claims concerning the confirmation of paternity and maternity<sup>(46)</sup>, using art. 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>(47)</sup>. It also takes into consideration the right of a person to have access to personal data regarding their own origins as part of the notion of "respect" for his/her "private and family life", as present in the same art. 8<sup>(48) (49)</sup>.

Article 8 of the European Court of Human Rights<sup>(50)</sup> safeguards potentially conflicting rights. It is, for instance, guardian of the right to privacy and the protection of personal data<sup>(51)</sup>, while at the same time guaranteeing the right to know one's own origins. It also guarantees the integrity of the family on the presumption that the European Court of Human Rights has often based its decisions on the sustained ascertainment of maternity and paternity on article 8 of the Convention

---

<sup>(44)</sup> European Court of Human rights, *Johnston and Others v. Ireland*, judgment of December 18, 1986, Series A, n. 112, p. 25, § 55.

<sup>(45)</sup> S. BESSON, *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, in *Int J Law Policy Family*, 21, 2, 2007, pp. 137-159,

<sup>(46)</sup> See European Court of Human rights, *Rasmussen v. Danimarca*, judgment of November 28, 1984, Series A n. 87, p. 13, § 33, e *Keegan c. Irlanda*, 26 May 1994, A n° 290, p. 18, § 45.

<sup>(47)</sup> Council of Europe, *The European Convention On Human Rights*, Rome, 4 November 1950.

<sup>(48)</sup> European Court of Human Rights, *Odièvre v. France*, judgment of February 13, 2003.

<sup>(49)</sup> R. CIPPITANI, *Limitazioni alla responsabilità medica nella diagnosi prenatale tra norme costituzionali e norme sovranazionali*, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2011, pp. 1327 - 1357; A. RENDA, *La sentenza O. c. Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, *Familia*, II, 2004, p.1121.

<sup>(50)</sup> Article 8 ECHR about Right to respect for private and family life.

<sup>(51)</sup> European Court of Human Rights, *X et Y c. Paesi Bassi*, judgment of March 26, 1985, *Eur. Court HR*, Series A, 91, 1985, p. 11.

Article 8 summarizes the tension and the conflict of the rights involved, while at the same time certifying the existence of these rights. In its interpretive activity, European Court of Human Rights takes the circumstances of each case into consideration, along with the correlations this has with the evolution of social values. The function of norms dealing with fundamental human rights is general and abstract in nature, in order to protect a great number of values concerning human dignity.

8.1. — *The right of an individual to access personal data regarding their origins and the notion of “respect” for “private and family life”.*

The European Convention of Human Rights could be defined as the catalogue of rights that represents the traditional European Legal Constitution. Thus the norms are built on abstract terms that can be best interpreted by judges on a case by case basis. European Fundamental Rights developed from the jurisprudential interpretation of the Court<sup>(52)</sup> and The European Convention of Human Rights is only the starting point<sup>(53)</sup>.

Because of the various juridical positions of individuals protected by the notion of “Private and Family Life” art. 8 cit., the Court usually analyses claims with a concrete, rather than formal, approach. On the topic of the child’s right to know their origin, an *exemplum* could be the Case of *Mikulic’ v. Croatia*<sup>(54)</sup>. In the Court’s opinion, persons in the applicant’s situation have

---

<sup>(52)</sup> C. RUSSO, M. P. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006.

<sup>(53)</sup> A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, (ed), *Permanenze dell’interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 14; V. COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive di provenienza europea*, *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2009, 742-783.

<sup>(54)</sup> European Court of Human Rights, *Mikulic’ v. Croatia*, judgment of February 7, 2002, Series A. The plaintiff, Montana Lorena Mikulic’, is a child born out of wedlock on 25 November 1996. On 30 January 1997 the plaintiff and her mother filed a civil suit against H.P. before the Zagreb Municipal Court (*Općinski sud u Zagrebu*) in order to establish paternity. At the hearing on 17 June 1997 the Municipal Court pronounced judgment by default against the defendant. The adoption of such a judgment, however, is expressly prohibited by the Marriage and Family Act (*Zakon o braku i porodičnim odnosima* – 1977, 1980, 1982, 1984, 1987,

a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth regarding an important aspect of their personal identity<sup>(55)</sup>. Furthermore, in determining an application to have paternity established, the courts are required to consider the basic principle of the best interests of the child.

The Court found that the procedure available in Croatia does not strike a fair balance between the right of the plaintiff to have her uncertainty regarding her personal identity eliminated without needless delay, and that of her alleged father not to undergo DNA tests, and considers that the protection of the interests involved is not proportionate. The inefficiency of the Croatian legal system has left the applicant in a state of prolonged uncertainty as to her personal identity, in failing to secure for the plaintiff the “respect” for her private life to which she is entitled under the Convention.

It is clear that the principal aim of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities; it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life, even in the sphere of the relationships between individuals<sup>(56)</sup>.

---

1989, 1990, 1992 and 1999) in “civil-status matters” (*statusni sporovi*). On 1 July 1997 the defendant appealed against that judgment. At the hearing on 6 October 1997 the Zagreb Municipal Court annulled its own judgment. In front of the European Court of Human Rights (Req. n 53176/99), the plaintiff Montana Lorena Mikulic', claimed that her right to respect for her private and family life had been violated because the domestic courts had been inefficient in deciding her paternity claim and had therefore left her uncertain as to her personal identity. The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In determining whether or not such an obligation exists, there must be regard for to the fair balance which has to be struck between the general interest and the interests of the individual; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation.

<sup>(55)</sup> See, for instance, *Keegan*, cited above, p. 19, § 49, and *M.B. v. the United Kingdom*, no. 22920/93, Commission decision of 6 April 1994, in *Decisions and Reports* 77-A, p. 116.

<sup>(56)</sup> See *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 23, and *Botta v. Italy*, judgment of 24 February 1998, in *Reports* 1998-I, p. 422, § 33.

In the case cited the broad notion of “Private Life” and “Family Life” is clear. In the notion of “Private Life”, the European Court of Human Rights includes a person’s physical and psychological integrity, which can sometimes incorporate aspects of an individual’s physical and social identity. Respect for “Private Life” must also comprise, to a certain degree, the right to establish relationships with other human beings<sup>(57)</sup>, and includes the physical and psychological integrity of an individual as the notion of “Private Life” is also an expression of aspects connected with the individual’s social identity. The respect for “Private Life” includes the right to have close personal relationships with other individuals.

For this reason, having access to information concerning one’s own origins is a necessary consequence of a personal interest in developing one’s own personality, and building one’s own identity, while respecting Private Life<sup>(58)</sup>. The European Court of Human Rights has held that respect for Private Life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings, and that an individual’s entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality<sup>(59)</sup>.

9. — *The position of the European Union regarding the Abandonment of Children. Helping to resolve the conflict of interests between the mother’s right to anonymity and the child’s right to know their own origins.*

The new European Union provision on the Abandonment of Children

---

<sup>(57)</sup> See European Court of Human Rights, *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, pp. 33-34, § 29.

<sup>(58)</sup> European Court of Human Rights, *Leander/Svezja*, judgment of 26 March 1987, *Racc.*, Series A, 116, p. 22; European Court of Human Rights, *Gaskin/Regno Unito*, judgment of 7 July 1989, in *Racc.*, Series A, p. 160.

<sup>(59)</sup> See European Court of Human Rights, *Gaskin v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160, p. 16, § 39; S. PICCININI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e il divieto di ricerca della maternità naturale*, in *Giust. Civ.*, 2004, p. 2193.

may prove to be an important guideline in finding a balance in this conflict of interests.

The European Union has no direct competence or power in the field of family and personal relationships. That being said, the European Parliament dealt with such problems in Resolution 1624 of June 27th 2008, “Preventing the First Form of Violence Against Children: Abandonment at Birth”<sup>(60)</sup>. The Resolution states, in its premise, that in the past certain European States had policies which “institutionalised” the abandonment of babies, or which encouraged parents experiencing difficulties to hand their babies over to the State. Traces of these policies can be found in the attitudes of the public and maternity hospital staff. The European Parliament indicates that an increase in such cases of abandonment could be due to economic difficulty, poverty, or AIDS. There will always be mothers in distress who feel they have good reasons to abandon their children at birth (denial of pregnancy, pregnancy outside marriage, or at an early age, poverty and HIV/Aids etc.); in such cases the mother should be supported<sup>(61)</sup>.

On the other hand, no penal punishment for abandonment is justified to decrease abortions, to prevent infanticide, or the maltreatment of newborn children, such as abandonment in public places. The fact that no penal punishment exists is criticized in some quarters, as it might be seen as an incitement to commit a crime, or to encourage mothers not to assume responsibility.

Thus the European Parliament reasserts its position in favour of the de-institutionalisation of abandoned infants, and of priority being given to the provision of alternative and family-based care for these children. It also reiterates that national adoption should take precedence over international

---

<sup>(60)</sup> M. HANCOCK, *Report of the Social, Health and Family Affairs Committee*, Doc. 12559, 2011, in <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=17982&Language=EN>.

<sup>(61)</sup> See on the return to medieval forms of “*boites a bébé*” and the lack of support to the maternity fit to avoid to the mother this painful choice. S. Stefanelli, Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (edit by), *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, II, in *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, pp. 833-864.

adoption. The Assembly invites the Member States to: “1. Centre their family policy on one inviolable and pre-eminent principle, namely respect for the rights of children, in particular the right of children to live with their families and find out about their origins, which is a fundamental human right and is crucial for their development; 2. Provide support for pregnant women and young mothers and fathers through measures including medical-social monitoring of pregnancies, protection against the HIV/Aids virus and measures to prevent mother-to-child transmission, assistance during childbirth, non-separation of the child from the mother after delivery, and postnatal medical and social support for mother and father as well as for the child; 3. Take due account of the financial pressures that the birth of a child creates for families or single mothers; 4. Recognise a woman’s full right to freely choose pregnancy, which means legal and easier access to sexual rights and reproductive health services; 5. Pay particular attention to especially vulnerable groups of young girls and women such as migrant women, women with HIV/Aids and women from minority groups”<sup>(62)</sup>.

According to the European Parliament, there is a growing black market in adoptions, tied to child trafficking, and abandonment at birth; this puts at risk not only the rights of the mother, but also those of the child and the father, particularly the right of the child to live with their own family and to know their own origins; this right cannot simply be eliminated.

For these reasons, the European Union Parliament invites Member States to concentrate their policies on the fundamental rights of children, to provide an efficient system for the prevention of unwanted pregnancies and abandonment; as well as the struggle against the abandonment of newborns due to any form of incitement from physicians, paramedics and administrative authority, and to provide support to the new mother before and after the birth. It is important that the mother and father have access to all available information on the measures of economic help

---

<sup>(62)</sup> Resolution 1624 of 27 June 2008, called “Preventing the first form of violence against children: abandonment at birth”.

available for the additional expenses incurred by the birth of the child, in addition to *post partum* psychological support, and – if necessary – the provision of temporary accommodation for the mother and child. The Member States of the European Union must also encourage mothers to state their identity, even if it is opportune to provide forms of anonymous birth. Thus the child may not be deprived of knowing their origins before becoming an adult.

“Member States are also invited to draw up a proactive policy to fight against the abandonment of newborn babies which: 1. Prohibits all incitement or pressure that could be put on mothers from medical and paramedical staff or government authorities to abandon their children; 2. Prevents “dumping”, which endangers the life of the newborn baby, by appropriate measures such as accessible reception facilities; 3. Prevents early and unwanted pregnancies through information and sex education for girls and boys, particularly at school; 4. Provides mothers, especially mothers belonging to vulnerable groups, and fathers with better information about all the assistance available to them, particularly financial support to help them cope with the added expenses that a child represents; 5. Helps with the setting up and expansion of care and temporary accommodation centres for mothers and their children”<sup>(63)</sup>.

The obligation to record the birth and genetic profile of all newborns may prove to be a useful tool against the trafficking of newborns. The European Parliament asks members to regulate transparent procedures concerning the abandonment of newborns for the purpose of national and international adoption. A reasonable interval of time must be given to allow the mother to revoke her choice of whether or not she wants to keep her child, and the consent of the father, if possible, must also be sought. The appeal to national or international adoption must not deprive the child of the possibility to access information about their own origins.

---

<sup>(63)</sup> Resolution 1624 of 27 June 2008, cit.

10. — *Closing remarks.*

The child's right to know their own biological origins is one aspect of the fundamental rights of the individual in the full and healthy development of their personality.

In such cases it is important to consider safeguarding the biological parents' right to remain anonymous, as regards the identification of the mother, in accordance with the Civil *Status* Law (in the Italian legal system the reference is "*Decreto del Presidente della Repubblica*" of November 3rd 2000, n. 396). Of course, it is necessary to strike a balance in the light of the child's superior interests. For instance, a fully adopted child has the right to receive information normally protected by the privacy law, such as information about possible genetic diseases when the child's health is at stake.

The right to physical, as well as psychological, health does not give the mother the right to ask the child to give up their right to life, but, in a more limited way, may ask for limitations on her right to privacy, with regard to her choice of anonymity at the birth. Such parameters must be suitable to the equitable appreciation of the Italian judge, who is called on to define the superior interest of child to know the identity of their anonymous mother, on the grounds of serious needs such as medical pathologies.

The Italian judge must therefore make his decision regarding the child's right to a healthy existence in the framework of the norms of the Italian Constitution.

In this light, the possible introduction of an information system similar to that adopted in France should be considered (Article L222-6, Code de l'Action Sociale et des Familles)<sup>(64)</sup>. In such a system, women who ask

---

<sup>(64)</sup> Art. L222-6, Code de l'action sociale et des familles, modifié par Loi n 2002-93 du 22 janvier 2002 - art. 2 JORF 23 janvier 2002: «1. Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également

for health assistance at birth must furnish their own genetic profile, and, wherever possible, that of the father, together with complete information on the historical anamnesis of their respective families. In this way a clinical file, which is as complete as possible, is produced, in the hope of one day being able to use this knowledge to safeguard the health of the child and their descendants<sup>(65)</sup>.

---

*informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. 2. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. À défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur. (...)*».

<sup>(65)</sup> J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2, 2004, p. 283; M. CARTABIA, *I diritti di azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 46.



GERARDO GARCÍA SILVA\*

## LA VIOLENCIA DERIVADA DE LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO (2006-2012)

SUMARIO: 1. El contexto de la guerra. — 2. ¿Vamos ganando la guerra? — 3. Entre el prohibicionismo y la legalización — 4. Perspectivas. — 5. Bibliografía y Hemerografía.

### 1. — *El contexto de la guerra.*

Han transcurrido cuatro años del inicio de una de las guerras más cruentas en la historia de México<sup>(1)</sup>. La guerra declarada al narcotráfico y la delincuencia organizada, son consideradas desde la perspectiva del actual gobierno federal (2006-2012) como: [...] una de las manifestaciones más lesivas de la delincuencia organizada, no sólo por los altos niveles de violencia que implica, sino también por la amenaza que representa a la salud física, emocional y moral de un importante número de mexicanos. De acuerdo con la última Encuesta Nacional de Adicciones, del total de la población del país entre los 12 y 65 años de edad, el 5.03% ha consumido drogas alguna vez en su vida, lo que equivale a más de tres y medio millones de personas<sup>(2)</sup>.

Por ello, desde el inicio del mandato del presidente Felipe Calderón Hinojosa se consideró que no había otra opción más que enfrentar a esta ame-

---

\* Profesor Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), nivel I, Capacitador certificado en razón de sus méritos por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.

<sup>(1)</sup> Véase G. García Silva, “El papel de las fuerzas armadas en las labores de seguridad pública”, en *CRIMINOGENESIS, Revista especializada en Criminología y Derecho penal*, publicación cuatrimestral, año 1, número 1, octubre de 2007, pp. 365-381.

<sup>(2)</sup> Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, eje 1. *Estado de Derecho y seguridad*.

naza con todo el poder del Estado Mexicano ya que: Junto a los altos niveles de violencia y fragmentación social que genera, el narcotráfico es una industria de alto valor económico. Ello simplemente convierte a la producción y distribución de narcóticos en un negocio muy rentable para quienes están involucrados. Ante ello, el Estado mexicano no puede ni debe renunciar a combatir este problema con todos los recursos a su alcance<sup>(3)</sup>.

Actualmente esta decisión y los resultados de la misma han sido fuertemente cuestionadas. La imagen de un país incendiado -más de 28,000 muertos a septiembre de 2010- las alertas que países extranjeros emiten a sus ciudadanos para no viajar a México, la pérdida de lugares de competitividad y oportunidades de inversión, debido a la violencia e inseguridad, han generado la percepción de que nuestro país es un Estado fallido<sup>(4)</sup>.

Además de lo anterior, nuestro país se encuentra en una encrucijada debido a presiones, tanto internas como externas que, frente a esta situación, por una parte, exigen una mayor aplicación de la fuerza del Estado para combatir a la delincuencia organizada y el narcotráfico, y por otra, quienes proponen la legalización de las drogas, pues según su razonamiento, al controlar la producción, distribución y venta de drogas como la marihuana, se desincentiva la ganancia ilícita, se controla la calidad del “producto” y se atienden los llamados “daños colaterales” generados por el consumo.

Este es el contexto de la guerra en que se encuentra inmerso el país, las preguntas son obvias: ¿vamos ganando o perdiendo?, ¿cómo entender el fenómeno de violencia en el que estamos inmersos?, ¿seguir con la prohibición o promover la legalización de las drogas son las alternativas a considerar?, ¿qué más podemos esperar en el futuro inmediato? Son las preguntas que, como ejes rectores animan esta participación, esperando abonar con algunos datos e ideas para el debate, mismas que se desarrollan a continuación.

---

<sup>(3)</sup> Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, Ob. Cit.

<sup>(4)</sup> G. GARCÍA SILVA, *México: ¿Estado Fallido?*, en *Revista Defensa Penal, Interpretación y análisis jurídico*, n° 21, Enero, 2010, pp. 16-25.

## 2. — *¿Vamos ganando la guerra?*

A cuatro años de iniciada la actual administración federal, así como la Política en materia de combate a la delincuencia organizada y el narcotráfico, es difícil precisar si vamos ganando o no esta guerra.

Las cifras que el Gobierno Federal arroja sobre el particular son impresionantes, pero no necesariamente claras, algunos datos nos permiten ilustrar este punto.

«Como resultado del esfuerzo nacional en el combate a la delincuencia organizada, entre el 1 de septiembre de 2009 y el 19 de agosto de 2010, se detuvieron a 34 mil 515 personas presuntamente vinculadas al narcotráfico; se aseguraron más de 34 mil armas, alrededor de 2 millones 707 mil municiones, más de 2 mil 500 granadas, más de 72 millones de dólares, 133 millones de pesos y más de 12 mil vehículos terrestres, 60 marítimos y 76 aéreos. Asimismo, se decomisaron más de 2 mil 384 toneladas de marihuana, más de nueve toneladas de cocaína, casi 14 toneladas de metanfetaminas, más de cinco toneladas y media de efedrina, más de ocho toneladas de pseudoefedrina, alrededor de tonelada y media de goma de opio, casi cinco toneladas de semilla de amapola y 220 kilogramos de heroína. En este periodo, el esfuerzo nacional evitó que 12 mil millones de dosis de las principales drogas se vendieran en el mercado ilícito, lo que representa más de 2 mil 517 millones de dólares en pérdidas para los cárteles del narcotráfico»<sup>(5)</sup>.

Otro tanto se presume en materia de captura de líderes de la delincuencia organizada.

«La Estrategia Nacional de Seguridad ha logrado resultados significativos en cuanto a la desarticulación de las estructuras directivas, financieras, logísticas y operativas de la delincuencia organizada. Ejemplo de ello es la detención de importantes líderes del crimen organizado. Del 1 de diciembre de 2006 al 19 de agosto de 2010 se ha logrado la detención de 117 mil 283 presuntos delincuentes, entre ellos más de 82 mil vinculados al narcotráfico.

---

<sup>(5)</sup> IV INFORME DE GOBIERNO, Presidencia de la República, Sistema Internet de la Presidencia 2010, en [www.informe.gob.mx](http://www.informe.gob.mx).

Entre septiembre de 2009 y agosto de 2010, se ha logrado la detención de peligrosos capos del crimen organizado:

- Óscar Orlando Nava Valencia, “El Lobo”, líder de “Los Valencia”, detenido con base en información aportada a través de una denuncia anónima.
- Carlos Beltrán Leyva, detenido como resultado del procesamiento de información a través del Centro de Inteligencia de la Policía Federal.
- Teodoro García Simental, “El Teo” y José Manuel García Simental, “El Chiquilín”, líderes del crimen organizado en Baja California.
- Marcos Arturo Beltrán Leyva, “El Jefe de Jefes”, considerado uno de los tres narcotraficantes más poderosos de México y uno de los criminales más buscados del mundo, perdió la vida durante un enfrentamiento con la Marina.
- Ignacio Coronel Villareal, “Nacho Coronel”, fue abatido al confrontar a los miembros del Ejército en un operativo realizado para su captura. Este capo era uno de los tres líderes más importantes del Cártel del Pacífico, considerado por el Gobierno de Estados Unidos de América como uno de los criminales más poderosos de México, al que se conocía como el Rey de las Drogas Sintéticas.
- Edgar Valdez Villareal, “La Barbie”, que era operador del cártel de los Beltrán Leyva.
- Sergio Villareal, “El Grande”, operador de Edgar Valdez Villareal»<sup>(6)</sup>.

Asimismo, se hace hincapié en que se combate por igual a todos los cárteles de la droga:

«En lo que va de la presente administración, del total de detenidos presuntamente vinculados al narcotráfico 12 por ciento corresponde al Cártel de los Arellano Félix, 16 por ciento al Cártel de Juárez (Carrillo Fuentes), 24 por ciento al Cártel del Pacífico, 27 por ciento al Cártel del Golfo/Zetas (cabe destacar que a finales de 2009 hubo una ruptura entre estas dos organizaciones criminales), 15 por ciento al Cártel de los Beltrán Leyva, 4 por ciento a La Familia y 2 por ciento al Cártel de los Valencia-Milenio»<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> *Idem.*

<sup>(7)</sup> *Idem.*

De igual manera, se enfatiza que el marcador es favorable a la acción gubernamental:

«Durante la presente administración:

- El combate al tráfico de drogas ha representado más de 10 mil 316 millones de dólares en pérdidas para las organizaciones criminales.
- Se han asegurado más de 99 toneladas de cocaína y más de 7 mil toneladas de marihuana.
- Se han decomisado más de 60 millones de pastillas psicotrópicas y casi 17 toneladas de metanfetaminas.
- Se ha evitado que más de 46 mil 797 millones de dosis de las principales drogas se vendieran en el mercado ilícito, esto hubiera alcanzado para que cada joven mexicano, entre los 15 y 30 años, tuviera acceso a mil 500 dosis de droga.

(...)

Durante el periodo de septiembre de 2009 a agosto de 2010, el Gobierno Federal ha puesto a disposición de las autoridades de otros países a 99 presuntos delincuentes y ha logrado que 22 delincuentes sean devueltos al país para enfrentar la justicia. Destacan las extradiciones de Vicente Zambada Niebla, Jorge Gustavo Arévalo Kessler, Óscar Arturo Arreola Márquez, Juan José Quintero Payán y Mario Ernesto Villanueva Madrid.

Los resultados que ha logrado México para detener el avance de los grupos criminales han sido reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el Informe Mundial sobre las Drogas 2010, en el que se enfatiza la necesidad de que los esfuerzos en contra de las drogas estén respaldados por un amplio consenso y apoyo de la comunidad internacional. El Informe reconoce el compromiso de México por detener el avance y fortalecimiento de los cárteles de la droga, como ejemplo, el país tiene casi el doble de la tasa promedio de detenciones relacionadas al tráfico de drogas en la región mesoamericana, con 22 detenidos por cada 100 mil habitantes. La ONU reconoce en su informe que, a pesar de la violencia relacionada con el fenómeno del narcotráfico en México, la tasa de homicidios nacional de 12 por cada 100 mil habitantes es considerablemente inferior al promedio

de la región, que es de 43.5 homicidios por cada 100 mil habitantes»<sup>(8)</sup>.

Sin embargo, el triunfalismo gubernamental no es compartido ni por los analistas políticos, ni por la percepción ciudadana que sienten que los logros enunciados son magros o en su caso, parciales frente a la verdadera dimensión del enemigo y del problema<sup>(9)</sup>.

Pese a los impresionantes números, el análisis y comparación de resultados de otras administraciones federales (Ernesto Zedillo y Vicente Fox) nos deja una percepción muy diferente:

#### A. El consumo.

De ser cierto que la actual estrategia está funcionando, el consumo debería disminuir, lo cual en términos reales no está sucediendo, de hecho se está presentando el fenómeno contrario:

«(...) El objetivo de disminuirlo, detenerlo o evitarlo, simplemente no ha sido atendido. Las cifras de las dos últimas encuestas nacionales de adicciones muestran un alarmante aumento en el consumo de cocaína y marihuana entre 2002 y 2008: de 100% en la primera y de 20% en la segunda. El número absoluto de consumidores de drogas en México sigue siendo relativamente pequeño (sobre todo cuando lo comparamos con el de grandes

---

<sup>(8)</sup> *Idem.*

<sup>(9)</sup> VÉASE MARCELO BERGMAN, *Narcos 1- México 0* en *Opinión de Reforma*, 12 de octubre de 2009. Asimismo, véase la encuesta realizada por Consulta Mitofsky, publicada el 24 de noviembre de 2010 que señala: Por primera vez en lo que va del sexenio es mayoría (49%) el grupo de ciudadanos que piensa que los operativos contra el narcotráfico han sido un fracaso. Así lo revela la Encuesta Nacional sobre la Percepción de Seguridad Ciudadana en México realizada por Consulta Mitofsky a petición de México Unido contra la Delincuencia (MUCD). Paradójicamente, de acuerdo con esta encuesta, quienes piensan que la llamada guerra contra el narco no ha funcionado, viven en su mayoría en el centro y sur del país, precisamente donde menos se realizan estos operativos militares. Un dato complementario sobre este tema es que tan sólo en 5 meses cayó de 48% a 23% el porcentaje de ciudadanos que consideraron que el gobierno va ganando la lucha contra la delincuencia. La Encuesta Nacional sobre la Percepción de Seguridad Ciudadana en México se realizó en todo el país del 28 al 31 de octubre del 2010. Consulta Mitofsky tomó como muestra a mil mexicanos mayores de 18 años y se llevó a cabo en viviendas particulares a través de entrevistas cara a cara.

consumidores como Estados Unidos), pero sus tasas anuales de crecimiento son muy altas en algunos estados significativamente, el campeón nacional es Tamaulipas. En su último reporte anual sobre la drogas, Naciones Unidas afirma que México se está convirtiendo en uno de los grandes consumidores de cocaína a nivel mundial»<sup>(10)</sup>.

Por lo que respecta a la erradicación y los decomisos, se encuentra que pese a que los números puedan sugerir otra cosa, en realidad los porcentajes históricos han variado muy poco:

*Las acciones del gobierno federal para combatir la oferta de drogas, por su parte, se han enfocado a erradicar cultivos y decomisar cargamentos. Sin embargo, en comparación con los dos sexenios anteriores, no se registran aumentos significativos en ninguno de estos renglones*<sup>(11)</sup>.

Esto probablemente se debe a que los esfuerzos del ejército se están concentrando en la detención y enfrentamiento con los narcotraficantes, situación que ha afectado las acciones de erradicación:

*Tanto Naciones Unidas como el Departamento de Justicia de Estados Unidos, han señalado con preocupación el aumento en la producción y cultivo de marihuana en México. Según el Departamento de Justicia estadounidense, la reducción en la erradicación de marihuana se debe a que los esfuerzos del ejército mexicano ahora se concentran en el combate a las bandas de narcotraficantes, en lugar de erradicar cultivos ilícitos*<sup>(12)</sup>.

De esta forma, lejos de considerar que las acciones llevadas a cabo por la actual administración están resultando efectivas en reducir la oferta de drogas, ésta se ha mantenido en sus términos históricos (los mandatos de los ex presidentes Zedillo y Fox).

Únicamente en el rubro de decomisos de armas y vehículos se nota un avance respecto de administraciones federales anteriores:

[La] Estrategia del gobierno federal ha sido particularmente exitosa en lo que se refiere a decomisos de armas y vehículos, instrumentos esenciales para

---

<sup>(10)</sup> E. GUERRERO GUTIÉRREZ, *Los boyos negros de la estrategia contra el narco, México Underground*, en *Revista Nexos*, Número 32, agosto, 2010, pp. 30, 31.

<sup>(11)</sup> E. GUERRERO GUTIÉRREZ, *Los boyos negros de la estrategia contra el narco*, ob. cit., p. 31.

<sup>(12)</sup> *Idem*.

la operación de las organizaciones criminales. En ambos aspectos se registran aumentos extraordinarios respecto a las cifras de gobiernos previos <sup>(13)</sup>.

COMPARATIVO DE ASEGURAMIENTOS

	Dic. 1994 Jul.1998	Dic. 2000 Jul. 2004	Dic. 2006 31 Jul. 2010
Cocaína (Ton.)	96.8	85.7	97.3
Marihuana (Ton.)	3,370.4	6,709.6	7,092.2
Armas	39,563	26,309	84,049
Vehículos	15,985	13,520	34,731
Moneda nacional (Millones)	13.4	19.7	330.3
Dólares (Millones)	11.9	34.7	411.9
Detenidos	64,187	58,818	115,604

Fuente: Información sobre el Fenómeno Delictivo en México, Gobierno Federal, agosto, 2010

Entonces, ¿cómo se explican la violencia, la inseguridad y la percepción generalizadas de miedo frente a un fenómeno que parece haberse desbordado?, ¿qué es lo que está pasando en nuestro país con motivo de esta llamada “guerra” o “lucha por la seguridad”?

*B. La guerra.*

Ciertamente en nuestro país se vive un contexto de guerra. Guerra entre los diversos cárteles de la droga que actualmente se están disputando plazas y mercados para el paso, distribución y venta de drogas y, por otra, una guerra declarada por el Estado Mexicano para conseguir, ciertos objetivos:

*El gobierno federal declaró la guerra al narcotráfico con la pretensión de alcanzar cuatro objetivos generales, anunciados en diversos momentos: 1. Fortalecer las instituciones de seguridad. 2. Disminuir, detener o evitar el consumo de drogas. 3. Desarticular a las organizaciones criminales. 4. Recuperar los espacios públicos <sup>(14)</sup>.*

<sup>(13)</sup> E. GUERRERO GUTIÉRREZ, *Los boyos negros de la estrategia contra el narco*, ob. cit., p. 32.

<sup>(14)</sup> E. GUERRERO GUTIÉRREZ, *Los boyos negros de la estrategia contra el narco*, ob. cit., p. 27.

Así que es importante analizar cada una de estas “guerras” para entender qué es lo que está pasando, quiénes están involucrados en las mismas y cuáles son los resultados y sobre todo, las perspectivas frente a esta problemática.

La captura de importantes capos del narcotráfico, las fracturas internas entre los propios cárteles, así como las disputas por ocupar plazas que controlan el paso o la distribución de drogas son los motivos principales que se atribuyen a estas guerras entre los diversos cárteles de la droga en México.

Actualmente, se puede establecer que existen 7 “guerras” entre los diversos cárteles por establecer su dominio sobre partes muy específicas del país, lo que ha ocasionado la gran mayoría de los enfrentamientos –y de los muertos- y que es la causa principal de la violencia en nuestro país.

Los enfrentamientos entre los principales cárteles de la droga en México pueden ilustrarse de la siguiente forma:

Pacífico vs. Juárez
Pacífico vs. Beltrán Leyva
Pacífico vs. Cartel del Golfo y los Zetas
Pacífico vs. Arellano Félix
Familia vs. Cartel del Golfo y los Zetas
Cartel del Golfo vs. Los Zetas
Familia vs. Beltrán Leyva

Fuente: <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/09/09/las-siete-guerras-del-narcotrafico>, Jueves, 09 de septiembre de 2010.

Los conflictos que se presentan pueden ser descritos de la siguiente forma:

Cártel del Pacífico vs. Cártel de Juárez

*La más cruenta de las guerras es la que enfrenta al grupo delictivo del pacífico contra el de Juárez por lograr el control del punto más importante de paso de droga a Estados Unidos: Ciudad Juárez. Los conflictos se registran en municipios de Chihuahua, Durango y Sinaloa.*

Esta guerra ha costado la vida aproximadamente a 8,236 personas, lo que representa el 36% de las muertes en lo que va de este sexenio.

Cártel del Pacífico vs. Beltrán Leyva

*Los conflictos entre los hermanos Beltrán Leyva con el capo del grupo del pacífico, Joaquín Guzmán Loera, El Chapo, supuso la ruptura entre ambos. La detención de Alfredo Beltrán Leyva desató una ola de violencia en Sinaloa, Nayarit, Sonora, Durango y algunos municipios de Jalisco y Guerrero.*

Esta guerra ha provocado la muerte de aproximadamente 5,864 personas, lo que representa el 26% del total de muertes acumuladas.

#### Cártel del Pacífico vs. Cártel del Golfo y Los Zetas

*Otro de los conflictos abiertos es el que enfrenta a las dos organizaciones más grandes del país: la del pacífico y la alianza entre los narcotraficantes del Golfo y Los Zetas. Ambos bloques se disputan las rutas de la droga en Durango, Coahuila y Sinaloa en el norte; y Guerrero, Tabasco, Quintana Roo y Chiapas en el sur.*

Esta guerra ya ha costado la vida a 3,199 personas, aportando el 14% del total de muertes por esta causa a nivel nacional.

#### Cártel del Pacífico vs. Arellano Félix

*Los integrantes del Cártel del Pacífico libran otra batalla con el grupo delictivo de los Arellano Félix, anteriormente asentados en Tijuana. Las detenciones de dos de los hermanos en los años 90 detonaron un enfrentamiento entre miembros de este grupo criminal y el bando de El Chapo Guzmán.*

Este conflicto suma ya 1,798 personas que han perdido la vida, lo que constituye un 8% del total de muertos a nivel nacional.

#### La Familia vs Cártel del Golfo y Los Zetas

*Un grupo criminal asentado en Michoacán, que era parte del cártel del Golfo y Los Zetas, se separó y se denominó La Familia. En septiembre de 2006, se inicia la guerra entre ambas bandas cuando cinco cabezas humanas fueron arrojadas en un centro nocturno de la ciudad de Uruapan. Los enfrentamientos entre sus integrantes también se han registrado en Estado de México, Guerrero y Guanajuato.*

De esta lucha se han producido aproximadamente 1,744 muertes, lo que constituye el 8% del total de bajas producidas a nivel nacional.

### Cártel del Golfo vs Los Zetas

*El grupo criminal del Golfo y su brazo armado Los Zetas sufrieron una fractura en diciembre de 2009 por diferencias en el control del mercado de la droga. Sus enfrentamientos se han registrado en Tamaulipas y Nuevo León.*

De este conflicto, han derivado 1,328 muertes, aportando el 6% de los fallecimientos relacionados con estas guerras a nivel nacional

### La Familia vs Beltrán Leyva

*El grupo criminal de la familia se ha enfrentado con el de los hermanos Beltrán Leyva en Guerrero y Morelos<sup>(15)</sup>.*

De este conflicto se tienen contabilizados 56 homicidios, aportando apenas el 0,2% de las muertes a nivel nacional, relacionadas con estas luchas.

Lo anterior, nos arroja que, como producto de estas guerras, en México, entre el 1° de diciembre de 2006 y el 31 de julio de 2010, han perdido la vida 28,353 personas y, de seguir la tendencia se especula que el 2010 podría cerrar con una cifra cercana a las 30,000 personas, mucho más que las bajas norteamericanas durante toda la ocupación en Irak -4,000-.

¿Cuál es la consideración del Estado Mexicano frente a estas guerras? Se ha llevado a cabo un gran esfuerzo mediático por parte del Gobierno Federal para poner contexto y dimensiones a estos datos, lo cual resulta digno de atenderse. Según el Gobierno Federal, de los 28,353 homicidios perpetrados desde el 2006 a julio de 2010:

- *El 80% de estos crímenes (22,701) se concentran en el 6.5 % del territorio mexicano.*
- *Tan solo en 162 de los 2,456 municipios de México son el campo de los enfrentamientos entre narcotraficantes<sup>(16)</sup>.*

---

<sup>(15)</sup> Véase la dirección electrónica: <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/09/09/las-siete-guerras-del-narcotrafico>, Jueves, 09 de septiembre de 2010

<sup>(16)</sup> Información sobre el Fenómeno Delictivo en México, Gobierno Federal, agosto, 2010.

Entonces, ¿cómo explica la autoridad federal que este fenómeno se haya desbocado aparentemente sin ningún control?, la autoridad federal ha elaborado la siguiente explicación a este fenómeno bajo las siguientes premisas:

*La situación que actualmente vive México en materia de seguridad es resultado de una serie de factores acumulados a lo largo de décadas. Entre las principales causas se pueden mencionar las siguientes:*

- *La expansión y fortalecimiento de la delincuencia organizada, especialmente de los cárteles del narcotráfico.*
- *La debilidad de las instituciones de seguridad y justicia en todo el país.*
- *La existencia de condiciones sociales y económicas (insuficiencia de oportunidades educativas y laborales) que propician que algunos mexicanos decidan incorporarse a las actividades ilegales<sup>(17)</sup>.*

Por lo que hace a la *expansión del crimen organizado*, la explicación gubernamental, explica que ésta se debió básicamente al cierre, en la década de los 80's del siglo pasado, de la ruta del Caribe, lo que implicó que los cárteles colombianos modificaran sus rutas de paso hacia Estados Unidos a través de México, lo que trajo como consecuencia:

1. *Un cambio de modelo de negocio en el que las organizaciones criminales, además de traficar drogas hacia Estados Unidos, el mayor mercado del mundo, comenzaron a fomentar un mercado interno de consumo.*

2. *La creación de un mercado interno de consumo propició la disputa entre las bandas criminales por el control territorial, situación que los llevó a desafiar a las autoridades y a los ciudadanos. Así, la violencia empezó a crecer no sólo en las zonas de producción, tránsito y cruce fronterizo, sino también en las zonas de consumo.*

3. *El incremento en la capacidad logística de las organizaciones criminales y la necesidad de ejercer el control territorial las obligó a aumentar su capacidad de fuego para enfrentar a sus competidores. Asimismo, la decisión del Gobierno*

---

<sup>(17)</sup> Información sobre el Fenómeno Delictivo en México, Ob. Cit.

*de Estados Unidos de levantar en 2004 la prohibición sobre la venta de armas de asalto, permitió a las bandas delictivas a adquirir armas de alto poder prácticamente sin restricción.*

Por lo que hace a la debilidad de las instituciones de seguridad y justicia, se explica que al inicio de la presente administración federal, prevalecían serias deficiencias al marco jurídico e institucional del país, lo que se reflejaba en:

- *La existencia de muchos cuerpos policiales mal pagados y equipados, sin esquemas de coordinación entre sí. Además, muchas de estas corporaciones estaban amenazadas o compradas por los delincuentes.*
- Ministerios públicos y juzgados insuficientes, poco profesionalizados e ineficaces.
- Leyes obsoletas <sup>(18)</sup>.

Esta explicación sugiere que algunas instituciones de seguridad y justicia, particularmente a nivel local, optaron por *llegar a arreglos tácitos o explícitos con los criminales* <sup>(19)</sup>.

Por lo que se refiere a las causas sociales, se señala: *La falta de oportunidades educativas, laborales y de esparcimiento para los jóvenes en algunas ciudades del país los hace especialmente susceptibles de ser presa fácil de las organizaciones criminales. Para algunos de ellos el ambiente social es más propicio para caer en adicciones o incluso ser reclutados como “balcones” (vigilantes), vendedores de droga o “sicarios” (pistoleros) de los propios criminales. Por ello es medular trabajar activamente en el mejoramiento del entorno social y en la prevención y tratamiento de adicciones, así como fortalecer, tanto en la casa como en la escuela y en los medios de comunicación, principios y valores que les permitan enfrentar de mejor manera ese entorno, especialmente a quienes más lo sufren* <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Información sobre el Fenómeno Delictivo en México, Ob. Cit.

<sup>(19)</sup> *Idem.*

<sup>(20)</sup> La lucha por la Seguridad Pública, Felipe Calderón Hinojosa, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Comunicado, Domingo, 13 de Junio de 2010.

Lo anterior, podía resumirse de la siguiente forma:

*En suma, la situación de inseguridad presente al inicio del Gobierno del Presidente Calderón concentraba varios fenómenos que debían ser atendidos sin demora:*

- *La presencia de organizaciones criminales extendida en todo el país.*
- *Grupos delictivos estructurados y con amplia capacidad de corrupción y generación de violencia.*
- *Fragilidad de instituciones que debían combatir la delincuencia.*
- *Creciente consumo de drogas y tejidos sociales desintegrados.*
- *Escasa cooperación internacional para la atención de problemas de carácter regional<sup>(21)</sup>.*

Es así como se justifica la decisión de haber emprendido esta “guerra”, “lucha” por la seguridad y la justicia asumida por el presidente Felipe Calderón, utilizando todos los recursos y capacidades con los que contaba al inicio de su administración, quien lo sintetiza de la siguiente forma: *Combatimos con determinación al crimen organizado, porque es nuestra obligación constitucional y ética, porque es obligación del gobierno federal hacerlo, pero también y fundamentalmente porque el crimen organizado ha alterado, de manera significativa, la paz de los ciudadanos<sup>(22)</sup>.*

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos argumentativos, ni el sector académico, ni la ciudadanía se convence de que esa haya sido la mejor decisión. Lo mismo se escucha a amas de casa, académicos o políticos señalando que la “estrategia” está errada, que debería de cambiarse, sin embargo, nadie ha señalado exactamente ni cómo ni de qué forma debe hacerse, lo que es más, iniciativas como la del “Mando Único Policial”, no hacen sino reforzar la idea de que esta situación prevalecerá del mismo modo, por lo menos en lo que resta de la actual administración federal (2006-2012).

---

<sup>(21)</sup> Información sobre el Fenómeno Delictivo en México, Gobierno Federal, agosto, 2010.

<sup>(22)</sup> La lucha por la Seguridad Pública, Felipe Calderón Hinojosa, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Comunicado, Domingo, 13 de Junio de 2010.

### 3. — *Entre el prohibicionismo y la legalización.*

El 2 de noviembre de 2010, se celebraron comicios en los Estados Unidos de Norteamérica. Lo anterior, carecería de sentido si no es porque también se llevó a cabo, en California, el Estado más rico y progresista de la Unión Americana, un referéndum relacionado con la legalización de la Marihuana para uso recreativo, denominada: “Acta de Regulación, Control y Fiscalización del Cannabis 2010”, mejor conocida como “Proposición 19”, esta propuesta, de haber sido aprobada, entre otras cosas hubiera permitido que mayores de 21 años pudieran poseer, procesar, compartir o trasportar no más de una onza (28,5gr) de Cannabis, solamente para el consumo personal de ese individuo y no para su venta, pagando un impuesto de 50 dólares. Asimismo, podrían cultivar, en propiedad privada por su propietario, ocupante legal u otro residente legal o invitado por el propietario u ocupante legal, plantas de Cannabis sólo para consumo personal, en un área no mayor a 25 pies cuadrados (2,32 m<sup>2</sup>) por residencia privada o, en ausencia de residencia, por parcela <sup>(23)</sup>.

Como ya es de todos conocido, esta propuesta fue rechazada, aunque cabe señalar que alcanzó el 46% de la votación, lo que hace suponer que esta será una propuesta que seguramente volverá a ser presentada en un futuro cercano <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Acta de Regulación, Control y Fiscalización del Cannabis 2010.

<sup>(24)</sup> Sobre el particular pueden consultarse los siguientes artículos: Legalización de la marihuana en California, Por Jeffrey A. Miron, 14 de junio de 2010, dirección electrónica: <http://www.elcato.org/node/5234>, La legalización de la marihuana en California, *Olebr*: ácrata, Iván Cachanosky, August 11, 2010, dirección electrónica: <http://acrata.org/2010/08/la-legalizacion-de-la-marihuana-en-california/>, La legalización de la marihuana en California, Por Mac el jul 06, 2010 en Noticias, Etiquetas: EEUU, Opinión, Por Jeffrey A. Miron, dirección electrónica: [3964http://www.lamarihuana.com/noticias/la-legalizacion-de-la-marihuana-en-california/http%3A%2F%2Fwww.lamarihuana.com%2Fnoticias%2F%2Fla-legalizacion-de-la-marihuana-en-california%2FLa+legalizaci%C3%B3n+de+la+marihuana+en+California2010-07-06+06%3A58%3A25Machttp%3A%2F%2Fwww.lamarihuana.com%2F%3Fp%3D3964](http://www.lamarihuana.com/noticias/la-legalizacion-de-la-marihuana-en-california/http%3A%2F%2Fwww.lamarihuana.com%2Fnoticias%2F%2Fla-legalizacion-de-la-marihuana-en-california%2FLa+legalizaci%C3%B3n+de+la+marihuana+en+California2010-07-06+06%3A58%3A25Machttp%3A%2F%2Fwww.lamarihuana.com%2F%3Fp%3D3964), “EEUU. Podría una de cinco propuestas legalizar marihuana en California”, Por Mac el feb 22, 2010 en Noticias, Etiquetas: EEUU, dirección electrónica: <http://www.lamarihuana.com/noticias/eeuu-podria-una-de-cinco-propuestas-legalizar-marihuana-en-california/>

Asimismo, y en relación con este suceso en México se ha vuelto a colocar en la mesa de discusión la legalización de la Marihuana y otras drogas como alternativa a la violencia que ha generado la llamada “guerra contra el narcotráfico” y la delincuencia organizada. Incluso la revista “Nexos” se ha manifestado abiertamente a favor de la legalización de las drogas <sup>(25)</sup>. Algunas de las ideas que se esgrimen en esta Revista respecto del problema de las drogas son las siguientes:

Respecto de la política internacional sobre la prohibición de las drogas, se refiere que los resultados únicamente reflejan el fracaso de esta política al señalar:

«El consenso punitivo sobre las drogas vive una crisis de eficacia global. Sus resultados son pobres y sus costos altos. La prohibición, nacida en la Convención Internacional del Opio de 1912, se expandió paso a paso entre 1949 y 1961, y fue asumida por todos los países signatarios de la ONU en 1998. Su fin declarado: “Reducir tanto la oferta ilegal como la demanda de drogas”.

Nada indica que esto haya sucedido. En los países consumidores, luego de medio siglo de persecución, no han descendido ni la oferta ilegal ni la demanda. Se ha mantenido estable el consumo de cocaína y heroína. Ha crecido el de metanfetaminas y mariguana. Según la propia ONU, en 2008, diez años después del acuerdo universal de prohibición, consumían drogas entre 155 y 250 millones de personas, es decir, entre 3.5% y 5.7% de la población mundial, un rango similar al de la década anterior» <sup>(26)</sup>.

Según el artículo, el mercado de las drogas sigue siendo sumamente rentable, lo que explica en gran parte el fracaso de las políticas prohibicionistas:

«Según la ONU, en 2003 el valor global del mercado de drogas ilícitas era de 322 mil millones de dólares. De ellos, 140 mil millones correspondían a la mariguana, 70 mil a la cocaína, 65 mil a los opiáceos y la heroína, 44 mil a las metanfetaminas. Del total del valor añadido a esas drogas por su carácter

---

<sup>(25)</sup> Véase el artículo Por la legalización de las drogas, NEXOS, Dirección electrónica: <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=575417>.

<sup>(26)</sup> Por la legalización de las drogas, NEXOS, ob. Cit.

ilegal, el 76% se quedaba en los países consumidores y el 24% restante en los países productores y de paso»<sup>(27)</sup>.

El artículo explica que el principal mercado para la cocaína es el norteamericano con el 40% del mercado, seguido de europeo con el 30%, para el mercado de heroína lo son Europa occidental y Rusia. Asimismo, se reconoce que pese a que si bien el consumo no se ha reducido en estos mercados, parece que lo que ha sucedido es que estamos presenciando una maduración del “mercado”, «que no crecen más porque han llegado a un límite: una franja de equilibrio práctico entre consumo, tolerancia y persecución»<sup>(28)</sup>.

El artículo expone los costos que tiene, sobre todo para los países productores y de paso la política prohibicionista señalando que: «Los beneficios prohibicionistas son modestos comparados con sus costos (...) Por la concentración del esfuerzo mundial en reducir la producción y el tráfico, los países productores y de paso pagan costos mayores en todos los órdenes. Son los verdaderos escenarios de la “guerra contra las drogas”, sin ser, como se ha visto, los beneficiarios mayores del valor añadido por el tráfico ilegal.

(...) Las regiones donde se concentran los homicidios en muchos casos coinciden con rutas del narcotráfico.

La política de prohibición consume grandes partidas de dinero público, proporcionalmente mayores en los países de producción y paso que en los países consumidores. Por ejemplo: Estados Unidos gasta 40 mil millones de dólares al año en la “guerra contra las drogas”. México gasta nueve mil millones, el triple del gasto estadounidense si se comparan las cifras con sus respectivos productos internos.

La debilidad institucional de los países productores y de paso añade otros costos. El mercado negro de las drogas da a los traficantes recursos extraordinarios para corromper autoridades, reclutar aliados, comprar armas y establecer el control territorial violento de rutas y zonas, control necesario para reducir los riesgos y las incertidumbres que entraña el mercado ilegal.

Para los países productores y de paso todo es costo, crisis y desmorona-

---

<sup>(27)</sup> *Idem.*

<sup>(28)</sup> *Idem.*

miento de su de por sí precario orden institucional»<sup>(29)</sup>.

Después, el artículo da cuenta de lo que llama “El fracaso de México” en el que explica abundantemente con cifras y datos que medio siglo de política antidrogas en nuestro país únicamente ha dejado como saldo, violencia, corrupción y ha evidenciado la debilidad institucional del Estado para combatir a la delincuencia organizada y el narcotráfico.

Finalmente, para dimensionar el fenómeno del narcotráfico y su capacidad de penetración y operación señala la cantidad de recursos que reporta dicha actividad ilícita en nuestro país:

«Puesto todo junto, hablamos de un crimen organizado cuyas rentas totales probablemente han aumentado de los 13 mil 800 millones de dólares de 2006 a por lo menos unos 15 o 16 mil millones en 2010, cantidad que está muy lejos de las cifras estratosféricas que suelen manejarse (29 mil, 35 mil millones de dólares), aunque es enorme si se piensa en la compra de policías que ganan 300 dólares al mes y sicarios que pueden matar a alguien por 500 dólares»<sup>(30)</sup>.

Después de una larga argumentación de porqué todos los esfuerzos gubernamentales no hacen más que fracasar, el artículo aborda la posición a favor de la legalización de las drogas y lo hace de la siguiente forma:

«Los argumentos en favor de la legalización circulan amplia e inteligentemente por el mundo.

Hay argumentos de principios. Van del alegato liberal clásico según el cual el hombre es soberano de su cuerpo y el Estado no puede obligarlo a evitar una conducta que lo dañe mientras esa conducta no perjudique a terceros (John Stuart Mill), hasta el argumento económico clásico, según el cual la represión de la demanda crea mercados paralelos y precios artificiales que otorgan por la vía del crimen lo que la sociedad prohíbe con la ley (Milton Friedman)»<sup>(31)</sup>.

De esta forma, el artículo hace un alegato a favor de la legalización de las

---

<sup>(29)</sup> *Idem.*

<sup>(30)</sup> *Idem.*

<sup>(31)</sup> *Idem.*

drogas, bajo la premisa de que legalizar, significa regular, de que no se debe dar el mismo trato a drogas como la Marihuana, que a la heroína o la cocaína, por lo que describe las formas y experiencias que se han desarrollado en ese sentido:

«Quien dice legalizar, dice, en realidad, regular. Cada una de las drogas que persigue el consenso punitivo tiene valores psicotrópicos, riesgos médicos y efectos sociales distintos. No puede darse el mismo trato legal a drogas suaves como la marihuana, a drogas duras como la cocaína y la morfina, y a siniestros derivados de las drogas duras como el crack o el crystal meth.

Regular implica separar los mercados de drogas y proteger a los consumidores permitiéndoles consumir con acceso a buena información sobre los riesgos. La Transform Drug Policy Foundation ha propuesto en los últimos años distintos esquemas de regulación según los riesgos»<sup>(32)</sup>.

Finalmente, desarrolla los beneficios que reportaría la legalización expresándolos de la siguiente forma:

«La legalización tendría un efecto serio sobre los márgenes de ganancia del crimen organizado: reduciría su capacidad de corrupción, reclutamiento y violencia.

Reduciría también los conflictos y la inestabilidad política en los países productores y de paso.

Reduciría los costos sociales poniendo fin a una de las causas principales del crimen y de la prostitución callejeros.

Reduciría el tamaño de la población carcelaria no violenta.

Abriría un espacio a la regeneración de barrios pobres, tomados por el narcomenudeo en innumerables ciudades del mundo desarrollado y del no desarrollado.

Liberaría una enorme cantidad de recursos públicos dedicados hoy a la persecución, para canalizarlos a la educación y la salud, en un entorno de mayor transparencia sobre los efectos del consumo de drogas en las costumbres y la conducta de la población.

Países de producción y paso como México podrían concentrar sus es-

---

<sup>(32)</sup> *Idem.*

fuerzos de seguridad pública no en perseguir el tráfico, sino en contener los crímenes que afectan la vida diaria de los ciudadanos: homicidio, secuestro, extorsión. Y a contener las actividades de un crimen organizado de proporciones controlables.

Garantizaría, como sucede con el alcohol, la calidad industrial o química de los estupefacientes, y la responsabilidad pública, como negociantes legales, de los encargados de satisfacer la demanda.

Para México la legalización tendría un beneficio político adicional: las drogas desaparecerían de la agenda bilateral con Estados Unidos, reduciendo significativamente los conflictos con ese gobierno.

Lo que la legalización no puede resolver es la existencia de usuarios de consumo problemático o adictivo, que se enganchan en las drogas con daños irreparables, a veces mortales, para su salud.

Tampoco resuelve los problemas subyacentes al abuso de las drogas: pobreza, desempleo, falta de oportunidades, trastornos mentales.

Tampoco termina con el crimen organizado. Puede suceder incluso que durante un tiempo aumenten las actividades criminales de grupos despojados de sus rentas y ansiosos de volver a ellas. Pero los gobiernos dispondrán de más recursos para lidiar con el problema y el crimen organizado tendrá menos para crearlo.

En todo caso, nadie propone la legalización como una panacea, sino como una elección pública de un “mal menor”.

Legalizar las drogas en el sentido apuntado de regularlas implica un riesgo y tiene un costo. Nadie puede decir que es inocua y que no planteará problemas de consumo, adicciones y otras “consecuencias no buscadas”<sup>(33)</sup>.

Sobre la postura de la revista “Nexos”, en especial sobre el aspecto de que “legalizar” es “regular” vale la pena formular las siguientes consideraciones.

El 20 de agosto de 2009, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación reformas a la Ley General de Salud, Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales. Estas reformas buscan esencialmente tres

---

<sup>(33)</sup> *Idem.*

aspectos: atender el problema de salud mediante campañas de prevención y la atención de las adicciones; establecer la competencia, tanto de autoridades federales como locales en la atención a este problema y determinar las dosis máximas para el consumo personal e inmediato que una persona puede poseer –adicto o consumidor ocasional- sin ser castigado por ello.

Nos parece que en nuestro país se ha dado un paso muy importante que ha recibido poca atención tanto por los medios, como por la sociedad en general. No se legalizaron las drogas, sino que se despenalizó el consumo, asimismo, se reconoce el problema de salud y se refuerza la parte punitiva para los aspectos de producción, transporte, distribución y venta de las drogas. El artículo 479 de la Ley General de Salud establece una tabla que marca los máximos que una persona puede poseer para su consumo personal e inmediato sin que sea castigada por ello. La tabla en comento establece las siguientes drogas y cantidades:

<b>Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato</b>		
<b>Narcótico</b>	<b>Dosis máxima de consumo personal e inmediato</b>	
<b>Opio</b>	2 gr.	
<b>Diacetilmorfina o Heroína</b>	50 mg.	
<b>Cannabis Sativa, Indica o Mariguana</b>	5 gr.	
<b>Cocaína</b>	500 mg.	
<b>Lisergida (LSD)</b>	0.015 mg.	
<b>MDA, Metilendioxfanfetamina</b>	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
<b>MDMA, dl-34-metilendioxi-n-dimetil-feniletilamina</b>	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
<b>Metanfetamina</b>	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

Fuente: Ley General de Salud<sup>(34)</sup>

<sup>(34)</sup> Véase Diario Oficial de la Federación 20 de agosto de 2009.

La tabla establece la coordinación entre los sectores de salud, educativo y de seguridad para llevar a cabo campañas preventivas dirigidas a la sociedad para prevenir el consumo, ésta de hecho es la política aceptada y sobre la que existe consenso internacional, no así sobre la legalización como lo plantea “Nexos”<sup>(35)</sup>.

Asimismo, se establece la competencia concurrente para la atención del narcomenudeo entre la federación y las Entidades federativas, por lo que si se quiere sugerir un punto de inicio para una perspectiva distinta del fenómeno debería prestarse más atención a esta reforma que en sus transitorios igualmente establece que: las autoridades locales contarán con un plazo de un año a partir de la entrada en vigor la misma -20 de agosto de 2010- para realizar las adecuaciones a la legislación que corresponda y comenzar a conocer de casos de narcomenudeo, y de tres años para dar cumplimiento a todas las disposiciones de la misma -20 de agosto de 2012-, es decir, contar con la legislación, la infraestructura –juzgados-, capacitación de los operadores –Policía, Ministerio Público, Jueces- e instituciones de orientación y tratamiento de adicciones que aplicarán la reforma.<sup>(36)</sup>

Por lo visto, este será un debate prolongado y álgido, ya que los argumentos de una y otra parte parecen abogar por posiciones irreductibles, además de polarizar opiniones. Entonces, ¿qué cabe esperar? ¿Cuáles pueden ser las expectativas para los próximos años?

#### 4. — *Perspectivas.*

1.- No hay una sola explicación para entender el fenómeno de la violencia que vive actualmente México derivada de este enfrentamiento; llámese “guerra”, “lucha”, etc. Ciertamente, el fenómeno del narcotráfico y

---

<sup>(35)</sup> Véase el artículo: “Analiza el Grupo de Expertos en Reducción de la Demanda de CICAD-OEA, estrategias y lineamientos para prevenir y tratar la farmacodependencia”, Reforma, Miércoles, 30 de septiembre de 2009.

<sup>(36)</sup> Véase: “Legalización de las drogas en México”, en Revista *Defensa Penal, Interpretación y análisis jurídico*, N° 24, Mayo, 2010.

narcomenudeo resulta ser complejo y multifactorial, por lo que pretender enfrentarlo o entenderlo de manera unilateral o sin una visión integral resulta absurdo.

2.- Es necesario reconocer que este fenómeno no podría haber cobrado las dimensiones y fuerza que hoy tiene sin que se comprenda que deviene de un largo proceso de incubación. Por una parte, una delincuencia que medró y creció si no al amparo, si bajo la indiferencia o connivencia de gobiernos, políticos y autoridades que encontraron en esta actividad ilícita una oportunidad para lucrar y constituye una alternativa para mucha gente ante la falta de oportunidades que el país no ha podido o no ha sabido generar. Asimismo, la existencia de un Estado débil, reducido, opacado, arcaico en muchos sentidos, sin duda ha favorecido la generación de este fenómeno delictivo.

3.- Sin duda, la estrategia elegida al inicio de la actual administración puede no haber sido del todo la adecuada. Sin embargo, resulta a todas luces que era impostergable enfrentar al fenómeno del narcotráfico y la delincuencia organizada. El no haberlo hecho, hubiera significado dejar que la delincuencia se organizara más y se volviera más poderosa, así pues, aunque está representando un alto costo en lo social, en lo político y en lo económico, todo gobierno responsable debería y deberá asumir este compromiso. Repetimos, la estrategia puede variar, ser distinta, pero la decisión deberá ser la misma.

4.- Ciertamente, no habrá una victoria plena en esta guerra. Seguramente en el futuro presenciaremos una –o varias- reediciones de los debates liberales y prohibicionistas, sin embargo, consideramos que para cuando se den nuevamente estos debates, el Estado Mexicano –sus instituciones, leyes, operadores y la sociedad en general- habrá podido redimensionarse, fortalecerse y acotar y controlar y comprender mejor, tanto el fenómeno delictivo que representa el narcotráfico y la delincuencia organizada, como el problema de salud y podrán discutirse estos temas en condiciones y un contexto tanto nacional como internacional distinto.

5.- Las perspectivas que presenta la actual Política del Estado Mexicano frente al narcotráfico y la delincuencia organizada, se perciben en el sentido de que con

eufemismos –guerra, lucha, combate, etc.- las cosas seguirán como hasta ahora –detenciones, decomisos (drogas, armas, muebles e inmuebles, recursos), desarticulación de cárteles, así como las guerras entre los cárteles por las plazas-. Sería iluso esperar algo distinto.

6.- Sin embargo, lo que también debe suceder y que constituye las condiciones *sine qua non* para superar esta situación deberán ser por una parte, el fortalecimiento institucional –cuerpos de policía depurados y adecuadamente capacitados para realizar la labor de seguridad e investigación, autoridades capaces de investigar y perseguir y castigar con eficacia y apego a los derechos fundamentales a quienes se encuentren involucrados en estas actividades ilícitas –la mejor prevención es la que deriva del convencimiento de que la ley invariablemente se aplicará-. Por otra parte, reconociendo el papel que juega la sociedad en el aspecto de salud, en el aspecto preventivo, implica algo más que uno que otro spot televisivo, sino la generación de una cultura de la salud, de la convivencia, de la legalidad, de la paz, sin los cuales, no habrá condiciones para establecer una verdadera convivencia armónica, ni de desarrollo, ni paz.

7.- Ciertamente la violencia es lo que caracteriza al Estado. Max Weber ya lo había explicado así en su clásica definición –“la unidad de carácter institucional que en el interior de un territorio monopoliza para sí el uso de la fuerza legal”-. Sin embargo, lo que estamos presenciando es la exacerbación de la violencia no institucionalizada, la violencia ilegítima, como un recurso de la delincuencia organizada para mantener y amedrentar a un Estado dividido, débil, acotado, obsolecido, la violencia como alternativa a la complicidad, la violencia como argumento ante el intento de aplicar la ley, la violencia como respuesta ante la amenaza de perder las facilidades, los apoyos y las complicidades, la violencia como último recurso ante un estado de cosas que ya no puede mantenerse, porque poco a poco está perdiendo su base social, su apoyo económico y porque carece de una visión o ideología que la sustente. La diferencia entre la “fuerza” y el “poder”, es que el primero puede derivar en violencia arbitraria y sin sentido, el poder, supone el consenso y legitimidad de todos quienes viven al interior de un Estado y que le dan per-

manencia. De la mera fuerza, provenga de quien provenga nada puede esperarse. Solamente en la racionalidad y el diálogo se puede construir y esperar que se prospere, así que a la opción de la violencia, México –no solo sus instituciones y operadores, sino la sociedad entera- deberá primero dar muestras de haber aprendido la lección de la democracia como elección de vida, de corresponsabilidad, de otra forma, todo aquello que se tenga que considerar entorno a las decisiones comunes, será un debate estéril y solamente producirá polarización, división y violencia, lo que en última instancia no beneficia a nadie.



MANUEL ALEXANDRO MUNIVE PÀEZ\*

## LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL INTERAMERICANO DE COMPETENCIAS JUDICIALES COMO UN ELEMENTO PARA LA INTEGRACIÓN JURÍDICA AMERICANA

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Conflictos de competencia. — 3. Solución de conflictos de competencia en México. — 4. Estatus a nivel Interamericano. — 5. El ejemplo de la Unión Europea. — 6. A manera de conclusión.

### 1. — *Introducción.*

Uno de los problemas que surgen en el tráfico internacional de bienes y personas, consistente en determinar que Tribunal puede conocer de una controversia entre particulares de carácter preponderantemente civil y/o mercantil con elementos que vinculan a dicha controversia con diversos sistemas jurídicos, es decir, los llamados conflictos de competencia de derecho internacional privado.

Dichos conflictos pueden ser de naturaleza interna o internacional, y a su vez se pueden clasificar en positivos y negativos, siendo punto de partida del presente trabajo los de carácter internacional tanto positivos como negativos.

El problema consiste en determinar qué Tribunal conocerá de una determinada controversia, cuando dos o más órganos jurisdiccionales de diferentes países tengan competencia para ello – conflictos positivos – o cuando no exista tribunal competente para el conocimiento de la controversia – conflictos negativos –.

En efecto, en la actualidad sólo en el caso de la Unión Europea existe el Tribunal de Justicia que tiene competencia para resolver este tipo de conflic-

---

\* Maestro de derecho, Escuela Libre de Derecho y Tecnológico de Monterrey.

tos entre tribunales de los diversos países miembros, contando para ello con reglas de competencia y procedimientos para tal efecto.

Lo anterior, desde mi punto de vista, genera un ambiente propicio para la integración económica y jurídica, toda vez que dichos conflictos de competencia son resueltos de manera obligatoria para los tribunales de los países involucrados, lo que al final beneficia al particular evitando una posible duplicidad de juicios o la falta de un juez que pueda resolver una controversia determinada que retrase el acceso a la justicia y haga ineficaz los derechos humanos de acceso a la justicia y seguridad jurídica.

Así el estado de cosas, la existencia de un Tribunal como el la Unión Europea que resuelva esta clase de conflictos evita la inseguridad jurídica y estado de indefensión de los particulares con

lo que se generan condiciones favorables para la integración económica y jurídica en virtud de que dicha condición generará forzosamente un incremento en el tráfico de bienes y personas.

Por otra parte, en el ámbito americano, no existe un Tribunal similar al antes señalado, razón por la cual el proceso de integración se ha visto limitado, toda vez que existe inseguridad sobre el Tribunal que en su caso conocerá y resolverá la controversia entre los particulares involucrados, resultando insuficientes las diversas convenciones interamericanas que regulan algunos aspectos de competencia judicial, y en específico la Convención Interamericana sobre Competencia para la eficacia extraterritorial de las sentencias, toda vez que además de regular de manera indirecta el tema de la competencia – ya que lo hace como requisito para ejecutar una sentencia extranjera- si un tribunal nacional no sigue las reglas de la convención, no hay ni procedimiento ni tribunal supranacional que pueda resolver en forma vinculativa para los tribunales nacionales los conflictos de competencia antes citados.

Con relación al contenido, en la primera parte se expondrá brevemente el tema de conflictos de competencia judicial; en un segundo término las soluciones que encontramos en el sistema jurídico mexicano, a efecto de pasar a la normas de competencia a nivel interamericano y sus limitantes por la falta de un órgano supranacional que resuelva dichos conflictos y de

procedimientos para los mismos. Con posterioridad se hará referencia al Tribunal de Justicia Europeo, lo que permitirá comprobar, si efectivamente fue un factor que facilitó la integración europea y ver si existen condiciones similares para la viabilidad o no de la implementación de un Tribunal a nivel interamericano que pueda solucionar los conflictos de competencia en el hemisferio.

## 2. — *Conflictos de competencia*<sup>(1)</sup>.

### A.- Objetivo

El objetivo de los llamados conflictos de competencia consistente en determinar el Tribunal para conocer de una controversia surgida entre particulares, con uno o más elementos que conectan a la misma con diferentes sistemas jurídicos, en razón de su territorio, aunque pueden presentarse también por materia.

### B.- Tipos.

Los conflictos de competencia pueden ser clasificados de la siguiente manera:

#### 1.-Positivos y Negativos.

Los positivos se presentan cuando dos o más tribunales se encuentra facultados por sus propias legislaciones para conocer y resolver el fondo de una controversia, en virtud de que la misma presenta elementos que la vinculan con dos o más sistemas jurídicos.

Los negativos por su parte, son aquellos conflictos de competencia en donde no se cuenta con Tribunal competente para conocer de la controversia del tipo que hemos venido comentando.

---

<sup>(1)</sup> Ver F. J. CONTRERAS VACA, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, México 2010, 2ª ed. Oxford Press., pp. 235 y sigs.

## 2.- Internos e Internacionales.

Los conflictos de competencia internos son los que se presentan entre Tribunales de un mismo país, y por su parte los internacionales, son aquellos que se presentan entre Tribunales de diferentes países. En ambos casos pueden presentarse los supuestos de positivos y/o negativos.

## 3.- Por materia.

Los conflictos de competencia pueden darse en múltiples materias, tales como: civil (incluyendo la materia familiar), mercantil, penal, laboral, etc; sin embargo, para efectos de un primer nivel de integración se debe de buscar que los primeros en resolverse sean los correspondientes a las materias civil y mercantil, toda vez que las materias penal y laboral en nuestro hemisferio todavía tienen una fuerte vinculación con el orden público interno de los países y difícilmente podría lograrse dicha integración, sobretodo cuando en materia penal existe un sistema de cooperación internacional que tiene un funcionamiento más o menos efectivo.

## C.- Elementos de solución

### 1.- Conflicto internos o nacionales.

En el supuesto de los conflictos internos, tanto positivos como negativos, los países generalmente cuentan con tres elementos que permiten su solución, elementos que son los siguientes:

- Un Tribunal nacional competente para solucionar dichos conflictos.
- Procedimientos especiales para su substanciación y resolución.
- Reglas de competencia.

Lo anterior permite decidir a nivel nacional o interno qué Tribunal será el que resuelva una controversia sobre la cual exista conflicto de competencia.

3. — *Solución de conflictos de competencia.*

A.-México

En el caso de México, contamos con los tres elementos mencionados en la sección anterior y que podemos identificar de la siguiente forma:

- 1.- Conflictos entre jueces de un mismo Estado de la República
  - Tribunal que resuelve el conflicto: Generalmente quien resuelve los conflictos de competencia planteados son las Salas o el Pleno de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas.
  - Procedimientos: Estos son de diversa naturaleza, tales como: excepciones de incompetencia por declinatoria o inhibitoria y, recursos de apelación o queja, pudiéndolos encontrar en los códigos de procedimientos civiles locales.
  - Reglas de Competencia: Se encuentran en cada código procesal estatal, así como en las leyes orgánicas de los Tribunales de los Estados, en donde se establece la competencia tanto por territorio como por materia de los mismos.

2.- Conflictos entre tribunales de diferentes estados, entre tribunales federales, y entre tribunales estatales y federales.

El Artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que será el Poder Judicial de la Federación quien tenga competencia para los conflictos de competencia entre jueces de diferentes estados, entre tribunales federales, y entre tribunales estatales y federales, y los elementos de solución los podemos mencionar de la siguiente manera:

- Tribunales que resuelven los conflictos: Son competentes para conocer de esta clase de conflictos los Tribunales Colegiados de Circuito, así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea en Salas o en Pleno (artículos 10, 21, 37 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);
- Procedimientos: Encontramos diversos procedimientos, desde las excepciones de incompetencia por declinatoria o inhibitoria, recursos

de apelación o queja, denuncia de competencia y el amparo. Lo anterior de conformidad con los artículos 25 a 38 del Código Federal de Procedimientos Civiles;

-Reglas de Competencia: Estas reglas las encontramos en los artículos 18 a 24 del Código Federal de Procedimientos Civiles <sup>(2)</sup>.

#### B.- Internacionales.

Con relación a los conflictos de competencia internacionales existe el problema a nivel interamericano ya que a diferencia de la Unión Europea no contamos con un Tribunal supranacional que resuelva los mismos, y por lo tanto tampoco procedimiento, encontrando soluciones indirectas a través de algunas reglas de competencia establecidas en diferentes tratados internacionales <sup>(3)</sup>.

##### 1.- Conflictos negativos

La solución que se le ha dado a este tipo de conflictos ha sido que un Tribunal que originariamente no era competente, asuma competencia para efecto de evitar la denegación de justicia <sup>(4)</sup>.

##### 2.-Conflictos positivos

Este es el mayor reto que se presenta a nivel interamericano, toda vez que como ha quedado señalado no existe ni Tribunal competente para tal efecto, ni procedimientos, y las reglas de competencia convenidas en los diferentes tratados internacionales, carecen de efectividad, como veremos a continuación

---

<sup>(2)</sup> N. GONZÁLEZ MARTÍN, et al., *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano*, México, 2008, pp. 586.

<sup>(3)</sup> F. K. JUENGER, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 293.

<sup>(4)</sup> Lo anterior lo podemos inferir del artículo 565 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

#### 4. — *Estatus Interamericano.*

1.- Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la Eficacia extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

Este tratado establece algunas reglas generales en materia de competencia, con el fin de que llegado el momento de ejecutar una sentencia en un país diferente al del tribunal que la dictó pueda ejecutarse, tratando de evitar competencias exorbitantes.

En efecto, dicha convención puede servir como elemento inhibitor para que un litigante ante la posibilidad de poder elegir entre diferentes jueces para promover su demanda, elija aquél cuya competencia no vaya a ser controvertida en el futuro al momento de pretender la ejecución de su sentencia en un país distinto al suyo.

El artículo primero de la convención establece que el requisito de la competencia del juez que conoció del asunto, se tendrá por satisfecho, para que su sentencia pueda ser ejecutada en el extranjero; si:

- En materia de acciones personales de naturaleza patrimonial, el juez competente será el del domicilio del demandado.
- Si la competencia es renunciable el que el demandado haya aceptado por escrito la competencia del órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia; o si, a pesar de haber comparecido en el juicio, no haya cuestionado oportunamente la competencia de dicho órgano.
- Tratándose de acciones reales sobre bienes muebles, el del lugar en que los mismos se hubieran encontrado situados, al momento de entablarse la demanda.
- En caso de acciones reales sobre bienes inmuebles, que éstos se hayan encontrado situados, al momento de entablarse la demanda.
- Con relación a acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, el pactado por la partes, siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva y haya existido una conexión razonable con el objeto de la controversia.

- El tribunal asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente.

El problema principal es que la convención excluye varias materias, tales como:

- a. Estado civil y capacidad de las personas físicas;
- b. Divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio;
- c. Pensiones alimenticias;
- d. Sucesión testamentaria o intestada;
- e. Quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos;
- f. Liquidación de sociedades;
- g. Cuestiones laborales;
- h. Seguridad social;
- i. Arbitraje;
- j. Daños y perjuicios de naturaleza extracontractual, y
- k. Cuestiones marítimas y aéreas.

Sin embargo, en dicha convención no se aborda nada sobre los conflictos de competencias de manera directa, no regula ningún procedimiento y tampoco contempla ningún órgano internacional que lo resuelva; sin embargo, sirve de guía para prevenir lo que se señala en el numeral siguiente.

2.- Convención sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros <sup>(5)</sup>.

Esta convención establece en su artículo 2 inciso d, lo siguiente:

«Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes:

(...)

---

<sup>(5)</sup> Publicada en el DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN el 20 de agosto de 1987.

d. Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto».

De lo anterior podemos desprender que si no fue bien resuelto el conflicto de competencias por parte del Tribunal que conoció el juicio y dictó la sentencia, será el particular el que sufrirá de la no ejecución que haya dictado dicho Tribunal que, situación que pudiera ser resuelta con la existencia de un Tribunal supranacional que resolviera el problema de jurisdicción internacional.

3.- Convención sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio pagarés y facturas<sup>(6)</sup>.

El artículo 7° de la Convención reconoce en forma indirecta la competencia de los tribunales del país en donde el título deba ser pagado para seguir ante los mismos, los procedimientos de reposición del título, y por su parte el artículo 8° de dicho ordenamiento establece la única regla de competencia clara y precisa en dicha materia; sin embargo tampoco se establecen procedimientos ni tribunal supranacional que resuelva el conflicto de jurisdicción internacional.

4. - Convención sobre conflicto de leyes en materia de Adopción Internacional<sup>(7)</sup>.

La presente convención establece diversas reglas en materia de competencia<sup>(8)</sup>; sin embargo, se continúa sin un Tribunal ni procedimientos en caso de conflictos de competencia.

---

<sup>(6)</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación 25 de abril de 1978.

<sup>(7)</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación 21 de agosto de 1987.

<sup>(8)</sup> Artículo 15, Serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado. Artículo 16, Serán competentes para decidir sobre anulación o revocación de la adopción los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción. Serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al

### 5.- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias<sup>(9)</sup>.

Esta convención contiene un mayor desarrollo que las anteriores y establece diferentes reglas de competencia, aportando un mejor marco normativo al respecto; sin embargo, continúa con el problema de la falta de un Tribunal Supranacional y procedimientos que resuelvan los multicitados conflictos de competencia internacionales<sup>(10)</sup>.

Por otra parte, el artículo 18 de la Convención abre la puerta para que la misma resulte ineficaz, ya que establece que los países parte podrán señalar que será su derecho procesal el que regulará la competencia de los tribunales y de la ejecución de la sentencia extranjera.

#### Artículo 18

Los Estados podrán declarar al suscribir, ratificar o adherir a esta Convención, *que será su derecho procesal el que regulará la competencia de los tribunales y el procedimiento de reconocimiento de la sentencia extranjera.*

---

momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión. Artículo 17, Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

<sup>(9)</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación 18 de noviembre de 1994.

<sup>(10)</sup> Artículo 8. Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:

- a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o
- c. El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia. Artículo 9, Serán competentes para conocer las acciones de aumento de alimentos, cualesquiera de las autoridades señaladas en el Artículo 8. Serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los mismos.

Como podemos apreciar, las convenciones anteriores son esfuerzos para tratar de uniformar las reglas de competencia en la esfera internacional para que los Estados parte unifiquen dichas reglas y con ello se puedan prevenir en la mayor medida posible el surgimiento de los conflictos de competencia; sin embargo, y toda vez que existen casos como el de México en donde las reglas de competencia en materia civil son competencia exclusiva de los Congresos locales con base en el artículo 124 Constitucional, mientras no se incorporen a la legislación estatal, estos preceptos que acabamos de citar carecen de eficacia directa para evitar los conflictos positivos de competencia internacional, ya que a pesar que pudiera generar responsabilidad internacional por el incumplimiento al tratado, a nivel interno no es obligatorio para los jueces locales.

#### 6.- Litispendencia y Conexidad.

A nivel interamericano no existe tratado alguno que regule el tema de litispendencia o conexidad entre juicios seguidos ante tribunales de diferentes países, lo que podría ayudar a reducir el número de sentencias extranjeras no ejecutadas por cuestiones de competencia.

#### 7.- Comunidad Andina, SICA y MERCOSUR.

La Comunidad Andina, el SICA y el MERCOSUR han avanzado en cierta medida con la constitución de tribunales supranacionales que interpretan y aplican la normatividad de cada uno de los sistemas de integración, sin embargo, presentan los tres los siguientes problemas: las resoluciones de los mismos solo son vinculantes para los países miembros, y no carecen de un tratado y instrumento jurídico que establezca las reglas de competencia judicial en materias civil y mercantil para los Estados miembros, así como de procedimientos adecuados para la substanciación de dichos conflictos, toda vez que los mecanismos que existen en los tratados de solución de controversias aplican a conflictos entre Estados o entre estados y particulares, y no a relaciones entre particulares propiamente, resultando dichos esquemas incompletos para lograr solucionar el problema materia del presente estudio.

5 — *Unión Europea.*

## A.-Tribunal de Justicia Europeo.

El Tribunal de Justicia Europeo tiene sus antecedentes en el Tribunal de Justicia de la Comunidad del Carbón y del Acero, transformándose posteriormente en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1957 y para quedar conformado como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento del Unión Europea.

De conformidad con el artículo 19 del TUE, dicho Tribunal está integrado por el Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunales Especializados.

A partir de 1968 con el Convenio de Bruselas en materia de competencia judicial, y aún sin que existiera el grado de integración que en la actualidad existe, el Tribunal se ha encargado de dirimir en última instancia los conflictos de competencia entre los Tribunales de los países miembros, teniendo dicha facultad su fundamento en el antiguo artículo 234<sup>(11)</sup> del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, actualmente el artículo 267 del Tratado de la Unión Europea, mediante diversos procedimientos, a través de los cuales interpreta y aplica tanto del Convenio de Bruselas de 1968 como el Reglamento 44/2001 en materia de competencia judicial, con lo que define y confirma que Tribunal debe ser el competente para conocer y resolver una controversia.

En efecto, el Tribunal se constituye como uno de los elementos que señalamos previamente en el presente trabajo para poder dar solución a los conflictos de competencia internacionales.

---

<sup>(11)</sup> A.L. CALVO CARAVACA e al., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 8ª ed., Editorial Comarez, Granada, 1997, pp. 80 y sigs; J. F. CONTRERAS VACA, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, México 2001; J. F. CONTRERAS VACA, *Derecho Internacional Privado*, México, 2010, Oxford, pp. 279; W. FRISCH PHILIPP, et al., *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, México, 1993, pp. 292; L. PEREZNIETO CASTRO, *Derecho Internacional Privado*, 6, México, 1995. pp. 632.

B.-Reglamento 44/2001 <sup>(12)</sup>.

Este Reglamento sustituyó para la mayoría de los todos los países miembros al Convenio de Bruselas de 1968 <sup>(13)</sup>, y establece las reglas en materia de competencia judicial en materia civil y mercantil a efecto de que solucionar conflictos de competencia entre Tribunales de los diferentes miembros, así como para facilitar la ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales dictadas por dichos Tribunales; sin embargo no es aplicable a los temas de estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones; quiebras; y arbitraje, entre otros de carácter público <sup>(14)</sup>.

Por otra parte, el reglamento regula los temas de litispendencia y conexidad, lo que definitivamente ayuda de materia substancial a la solución de conflictos de competencia internacional.

Como ha quedado mencionado, este Reglamento sirve de base para que el Tribunal de Justicia resuelva los conflictos de competencia que pudieran llegar a presentarse entre Tribunales nacionales de la Unión, lo que permite consolidar la integración jurídica y por lo tanto económica, ya que si el particular sabe qué tribunal resolverá su controversia, tal situación le da mayor seguridad jurídica y le permite realizar un mayor número de transacciones civiles y mercantiles en los diferentes países de la Unión <sup>(15)</sup>.

C.- Protocolo sobre el estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <sup>(16)</sup>.

El artículo 19 y siguientes del Protocolo regula los procedimientos ante

---

<sup>(12)</sup> Ver en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/133054\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133054_es.htm).

<sup>(13)</sup> Los conflictos de competencias entre Dinamarca y el resto de los países miembros se siguió rigiendo por el Convenio de Bruselas de 1968.

<sup>(14)</sup> El Derecho de la Unión Europea comprende otros reglamento que se refieren a la competencia en el ámbito de materias específicas, como el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (así dicho «Reglamento Bruselas II»).

<sup>(15)</sup> F. PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica*, México, 2007.

<sup>(16)</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Unión el 16 de diciembre del 2004.

el Tribunal, mismos que son:

- Consulta vinculante
- Procedimiento prejudicial
- Demanda

De esta manera se constituye el tercer elemento necesario para la solución de los conflictos de competencia entre los tribunales de los países miembros de la Unión Europea.

6. — *A manera de conclusión: propuesta de un Tribunal Interamericano de Competencias Judiciales.*

A partir de que en 1968 se firmó el Convenio de Bruselas antes citado, y de la actuación del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se puede apreciar, como la actuación de este último en diferentes temas, incluyendo el de la solución de conflictos de competencia, aceleró el movimiento de integración europeo, tanto con la suma de diversos países al inicio de la década de los setenta (sobretudo Reino Unido) y de la consolidación del Derecho Comunitario como herramienta para dicha integración, razón por la cual, es que se propone en el presente trabajo la constitución de un Tribunal Interamericano de Competencias Judiciales, como un primer paso para detonar la integración jurídica de la región.

En efecto, si los particulares tuvieran plena certeza de qué tribunal será el que conocerá alguna controversia a lo largo del continente, sobre todo en materia de comercio, y que las sentencias extranjeras serán ejecutadas, dicha certeza generaría un ambiente de confianza y de inversión, en donde el número de operaciones entre personas de la región se vería incrementado en forma substancial.

A.- Constitución.

La Constitución de dicho Tribunal sería a través de un Tratado internacional, sin que sea necesario que fuera suscrito, en una primera etapa, por todos los países.

B.- Organización.

Se propone que el Tribunal tuviera un juez designado por cada país miembro procurando que el total fuera un número impar, y caso de no ser así, que la presidencia del mismo fuera de un año con voto de desempate. Asimismo, que el tribunal trabajara en Salas y en Pleno.

C.- Reglas y Procedimiento.

Con relación a las reglas de competencia se podría realizar un solo instrumento en materia de competencia, y en caso de no ser posible, utilizar las diferentes convenciones interamericanas que mencionamos previamente.

Lo que sería indispensable es un Tratado o Protocolo en donde se estableciera el procedimiento para resolver los casos de controversias jurisdiccionales, causales de procedencia, etc..

De todo lo anterior, podemos concluir que un elemento para fomentar la integración americana, tanto jurídica como económica, es constituir un Tribunal capaz de resolver los conflictos de competencia entre los Tribunales de los diferentes países, así como establecer procedimientos rápidos y eficaces para tal efecto, ya que con ello se solucionarían los conflictos positivos de competencia internacionales, evitando que las sentencias dejen de cumplirse por no haberse satisfecho el requisito de la competencia.

En efecto, para que la integración sea fuerte y consistente, la misma debe de fomentarse desde las relaciones jurídicas entre particulares, y en consecuencia desde el derecho privado, toda vez que el fenómeno de la integración se da a partir del incremento del tráfico de personas y bienes, y éste se acelera cuando cuando existe seguridad jurídica para los particulares.



ROBERTO A. OCHOA ROMERO\*

## LA ELEVACIÓN A RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS BENEFICIOS POR COLABORACIÓN CON LA AUTORIDAD EN EL ÁMBITO DEL CRIMEN ORGANIZADO

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. La denominada “reforma constitucional penal”. — 3. La reforma constitucional penal y la Delincuencia Organizada. — 3.1. El nuevo artículo 20 constitucional — 3.1.1. El régimen de privilegio para los colaboradores de la Justicia. — 3.1.2. Consideraciones desde la perspectiva probatoria.

### 1. — *Introducción.*

La delincuencia organizada es un fenómeno criminal de grandes alcances que en nuestros días ha presentado un crecimiento exponencial, debido, particularmente, a las grandes ganancias que arrojan las diversas actividades delictivas que son objeto de estas organizaciones.

El crecimiento de este fenómeno se debe, igualmente, a una novedosa capacidad de reclutamiento cada vez más eficaz, que ha supuesto, incluso, la integración a sus filas de un gran número de individuos, -especialmente ex integrantes de las fuerzas armadas nacionales y extranjeras-, que le ha permitido alcanzar una mayor capacidad de acción y, consecuentemente, de afectación a la práctica mayoría de bienes jurídicos tutelados por la legislación penal. Su capacidad de lesión, cada vez mayor, ha alcanzado a un gran número de países y, sin duda, ha trastocado los valores fundamentales del régimen democrático<sup>(1)</sup>.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; y, Profesor Investigador Titular de la Escuela Libre de Derecho, México.

<sup>(1)</sup> *Vid.*, en general sobre el concepto y problemática de la delincuencia organizada E. ANARTE BORALLO, Conjeturas sobre la criminalidad organizada, en *Delincuencia Orga-*

Por otro lado, el referido crecimiento del crimen organizado en nuestros días parece ser consecuencia, -no sólo, como hemos dicho, de su altísima capacidad económica, de sus novedosos métodos de reclutamiento y de la diversificación de los instrumentos y técnicas utilizados para la comisión de delitos de claro trasfondo económico-, sino, especialmente, de una añeja y generalizada desatención del fenómeno, lo que ha permitido que los objetivos que nutren el origen y la continuidad de tales organizaciones, como son la obtención de grandes ganancias, el control de territorios y de importantes parcelas de poder, se logren con mayor facilidad.

No obstante, -al margen de su clara etiología, y desde una perspectiva estrictamente fáctica-, lo cierto es que la delincuencia organizada trae aparejada una particular y muy peculiar peligrosidad en orden a las características que lo distinguen de otros comportamientos delictivos comunes; lo que hace cada vez más complicado su combate. Entre tales características destacan: la fungibilidad o el intercambio de sus miembros (que permite el aseguramiento de sus objetivos prioritarios), su estructura sólidamente jerarquizada y su gran potencial económico y bélico pero, sobre todo, llama la atención su hermética y, sin duda, muy eficiente organización basada, entre otros factores, en el temor que produce a sus miembros la injustificada suspensión de la ejecución del delito (que se entiende como desobediencia), la subversión y, muy especialmente, la traición del grupo criminal.

Ante la complejidad que, -dadas las particulares características del fenómeno-, representa el combate al crimen organizado, muchos países, -por

---

*nizada, Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999; J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Madrid, 2000; J. DELGADO MARTÍN, *La Criminalidad Organizada*, Barcelona, 2001; S. GARCÍA RAMÍREZ, La Delincuencia Organizada, en *Criminalia*, número 2, mayo-agosto 1996; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bolonia, 1996; S. MARTÍNEZ BAUTISTA, La Delincuencia Organizada, en *Revista de Ciencias Criminológicas*, Barcelona, 1994; R.A. OCHOA ROMERO, Reflexiones en torno al concepto de Delincuencia Organizada y sobre algunas organizaciones criminales actuales, en *Derecho penal contemporáneo*, número 21, octubre-diciembre 2007; y, E.R. ZAFFARONI, En torno al concepto de "crimen organizado", en *Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, coordinados por Julio E.S. VIRGOLINI y A. W. SLOKAR, AA.VV., Buenos Aires, 2001, pp. 9-15.

ejemplo España e Italia <sup>(2)</sup>, se han visto en la necesidad de adecuar sus legislaciones penales y procesales penales con la finalidad de poder enfrentar a estas nuevas formas de criminalidad con tintes empresariales. Así, se han creado distintos cuerpos legales y modificado otros ya existentes, con el ánimo de permitir a las autoridades encargadas de la persecución y posterior procesamiento de los miembros de grupos delincuentes organizados, realizar investigaciones más profundas y eficaces que puedan traducirse en el debilitamiento y desintegración de estos grupos criminales.

Signos inequívocos de la esbozada tendencia político criminal han sido, por una parte, la inopinada introducción en la legislación penal especial, -especialmente en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada-, de ciertos instrumentos de investigación, procesamiento y sanción del crimen organizado, y por otra, la pretendida adecuación, - a los efectos de reducir las implicaciones garantistas de tales previsiones -, entre la legislación penal especial y las exigencias propias de un Estado social y democrático de Derecho. Y es que resulta prácticamente imposible lograr una mayor o menor armonía entre las garantías que prevé nuestra Constitución General en materia penal y las necesidades de un Estado completamente incrusto en una clara situación de excepción, lo que sugiere operar bajo el más puro

---

<sup>(2)</sup> En general sobre la experiencia española *vid.* A. VERCHER NOGUERA, Terrorismo y reinserción social en España, en *Revista Jurídica Española La Ley*, número 2, 1994; C. LAMARCA PÉREZ, La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común, en *Annuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1989; N. GARCÍA RIVAS, *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*, en *Poder Judicial*, número 10, 1984; M.L. CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995. Para el caso italiano pueden verse especialmente las opiniones de L. FERRAJOLI, *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, en *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 271 y ss.; L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, en *Questione Giustizia*, 1982, p. 209; T. PADOVANI, *La soave Inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, pp. 529 y ss.; F. PAZIENZA, *La legislazione per l'emergenza*, en *L'Ince Penale*, 1982, pp. 51 y ss.; G. PELAZZA, *La politica delle emergenze, legislazione speciale, processi politici, espansione del carcerario*, en *Dei Delitti e delle pene*, 1985, pp. 149 y ss.; G. SPAGNOLO, *Il riconoscimento della propria responsabilità nel diritto vigente e nelle prospettive di riforma*, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, p. 35.

pretexto de la seguridad colectiva por encima de la dignidad de la persona ahora denominada *enemigo*<sup>(3)</sup>.

Efectivamente, la introducción de novedosos instrumentos de investigación y procesamiento de delitos en materia de delincuencia organizada, -la mayoría de ellos diseñados muy al margen de sus implicaciones garantistas-, han venido a contaminar el ámbito del debido proceso penal y, por otro lado, evidencian la incapacidad del sistema penal ordinario para hacer frente a nuevas formas de criminalidad con tintes empresariales. Algunos de tales instrumentos legales de combate al crimen organizado, cuya constitucionalidad sigue en discusión son: el arraigo, la infiltración de agentes<sup>(4)</sup> (por cuanto supone el otorgamiento de cierto valor probatorio a la información obtenida bajo la ejecución del mandato de investigación bajo identidad reservada), las entregas vigiladas, la intervención de comunicaciones privadas y, por supuesto, la ya conocida y no poco controvertida figura del *arrepentido colaborador de la justicia*<sup>(5)</sup>.

A pesar de que muchas de las figuras que novedosamente vienen a facilitar, por así decir, el combate al crimen organizado, hayan sido ya criticadas ampliamente por su falta de congruencia con ciertos principios fundamen-

---

<sup>(3)</sup> Vid. ampliamente el magnífico estudio de J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo*, en *Revista Penal*, número 19, 2007, pp. 52-69.

<sup>(4)</sup> Sobre esta controversial figura vid. G. GUILLÉN LÓPEZ, *El agente provocador: Una fórmula para el combate al tráfico de drogas*, en *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, año I, número 1, diciembre de 2008, pp. 167 y ss.

<sup>(5)</sup> Vid. en general sobre esta figura M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, 1996; E. MUSCO, *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*, en *Revista penal*, traducción de Virginia Sánchez López, julio 1998; I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El "colaborador con la justicia" en materia de delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Análisis crítico de la presunta figura "premier" del artículo 376 del Código penal*, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, coordinados por Lorenzo Morillas Cueva, AA. VV., Madrid, 2003; E. GARCÍA ESPAÑA, *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Granada, 2006; R.A. OCHOA ROMERO, *Justicia penal y colaboración con la autoridad*, México, 2006.

tales del derecho y proceso penal modernos <sup>(6)</sup>, como son, el principio de presunción de inocencia, el principio de igualdad, el de seguridad jurídica y legalidad, así como el de proporcionalidad <sup>(7)</sup>, en México hemos asistido recientemente a la inserción de muchos de tales instrumentos en la Constitución General de la República a través de la denominada “reforma constitucional penal”, la cual cuenta todavía con siete años de *vacatio legis*.

## 2. — La denominada “reforma constitucional penal”.

Hace poco más de un año, el día 18 de junio del año 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto a través del cual se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado “B” del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dentro de tal paquete de reformas constitucionales, -comúnmente conocido como *reforma constitucional penal*-, se integraron un sinnúmero de figuras de corte sustantivo y procesal, -algunas de novedosa manufactura-, que sin duda vienen, entre otras cosas, a preparar el terreno de lo que será nuestro nuevo sistema procesal penal acusatorio y de paso a justificar las previsiones legales enfocadas al combate del crimen organizado.

De la mano de tales previsiones, se incorporaron al texto constitucional, naturalmente, diversos principios de indispensable existencia y rigor para cualquier sistema de justicia penal que se entienda social y democrático; principios cuya existencia y alcances habían tenido que ser derivados, por así decir, de la interpretación sistemática y teleológica de diversos precep-

---

<sup>(6)</sup> Cfr. G. NEPPI MADONA, *A quando la riforma dell'ordinamento penale? Terrorismo: le tre logiche del 625*, en *Il Ponte*, 1980, pp. 184 y ss.; D. PULITANO, *Misure antiterrorismo. Un primo bilancio*, en *Democrazia e Diritto*, 1981, pp. 78 y ss.; y, A. BERNARDI, *Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo*, en *Questione Giustizia*, 1982, pp. 3 y ss.

<sup>(7)</sup> *Vid.* especialmente J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho...*, cit., pp. 67 y ss.

tos constitucionales, muchas veces con resultados poco felices. Dos de esos principios fundamentales son, por referir algunos, el de presunción de inocencia<sup>(8)</sup> y el de proporcionalidad de las penas<sup>(9)</sup>, -ambos de indudable alcance sustantivo penal-, que se encuentran contenidos en la reforma, respectivamente, en los artículos 20 apartado “B” fracción I y 22 primer párrafo de la Constitución General de la República.

Efectivamente, hasta hace no mucho tiempo el procedimiento de averiguación previa y, naturalmente, el proceso penal mexicano, funcionaban sin la existencia y, sobre todo, sin el direccionamiento sustantivo e instrumental de un principio total como lo es el de presunción de inocencia. Su ausencia

---

<sup>(8)</sup> Hay que señalar, sin embargo, que el principio de presunción de inocencia encontraba, aún antes de la reforma, perfecta aplicación práctica por encontrarse debidamente delineado en diversos documentos internacionales que México ha celebrado y ratificado, -entre ellos el denominado Pacto de San José de Costa Rica-, y que constituyen, por imperativo del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ley suprema en toda la Nación.

<sup>(9)</sup> Debe decirse, no obstante, que la reciente inserción, -ahora expresa-, del principio de proporcionalidad de las penas, deviene innecesaria si se entiende, como debe ser, que éste encontraba también perfecta aplicación por entenderse inserto en el texto del propio artículo 22 de la Constitución General de la República, que aún antes de la reforma, ya preveía la interdicción de las penas *inusitadas*. Ello es así, en razón de que las penas *inusitadas* se entienden, -de acuerdo con lo que ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (*vid.* especialmente las tesis jurisprudenciales 126/2001 y 127/2001)-, como aquellas que han sido abolidas por infamantes, crueles, inhumanas y excesivas. Por tanto, en tratándose del principio de proporcionalidad de las penas que soporta, desde una de sus perspectivas, la prohibición de penas que sean discordes con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penalmente tutelado, encontraba perfecta aplicación a través de la mencionada exclusión de las penas que, siendo excesivas, resultan por tanto inusitadas y contrarias a los fines propios de la punibilidad. Cfr. M. CARBONELL, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, 2007, pp. 202-204. Sobre este fundamental principio y su deducción constitucional en España *vid.* M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, 1999, pp. 81 y ss.; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1993, pp. 263 y ss.; D.M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1996, pp. 85 y 86; E. ORTOS BERENGUER, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte general y parte especial)*, Valencia, 2004, pp. 59-61; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 99-101; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2006, pp. 60 y 61; ampliamente A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, pp. 398 y ss.

o, si se prefiere, su indeterminación en el texto constitucional, provocaba un alto índice de inseguridad jurídica para el ciudadano que enfrentaba un proceso penal, el cual quedaba abandonado a las muchas veces irrestrictas, o bien, ilimitadas facultades del Ministerio Público, y peor aún, a una maquinaria penal que operaba con supuesta normalidad bajo un principio generalmente aceptado de *presunción de culpabilidad*. La anticipada inversión de la carga de la prueba para ciertos tipos penales, así como la previsión de conductas criminales que operan bajo dicha presunción de culpabilidad, son muestras de ello.

Por lo demás, esta importante reforma constitucional comporta, fundamentalmente, la modificación y adecuación de distintos preceptos que tienen directa injerencia en el proceso penal, creando dentro de la tradición jurídica mexicana, novedosas instituciones de gran trascendencia como los jueces de control, los jueces de instrucción, los de ejecución de sentencia, las audiencias de juicio oral, que entre otras, transforman nuestra cotidiana visión de la justicia penal.

Sin embargo, aún y cuando tales figuras han sido verdaderas conquistas de la sociedad moderna en países en los que se aplica desde hace muchos años el proceso penal acusatorio, en México su regulación se encuentra completamente huérfana. Ello implicará un mayor esfuerzo en la implementación y, por otro lado, en la adecuación de las instituciones ordinarias de procuración y administración de justicia penal, de cara a la correspondencia que debe existir entre la realidad normativa y la todavía utópica realidad social.

No podemos negar que la reforma constitucional penal integra importantes avances en el plano de lo procesal penal. Los principios informadores del proceso penal acusatorio, ente ellos los de publicidad, contradicción, inmediación e igualdad procesal y, en definitiva, la novedosa estructura propuesta para delinear en tales condiciones el funcionamiento del poder judicial, pretenden impedir la referida inversión de la carga de la prueba, mientras que el ya comentado principio de presunción de inocencia, permitirá combatir frontalmente la inconstitucionalidad de los tipos penales manufacturados bajo el supuesto de culpabilidad presunta.

Sin embargo, no resulta coherente con tales principios la previsión de

diversas excepciones al régimen ordinario de investigación, procesamiento y ejecución penal, particularmente dirigidas a los miembros de la delincuencia organizada, que sencillamente conducen a una suerte de duplicidad de tratamiento criminal entre quienes pueden ser sujetos de la legislación penal ordinaria y quienes, -por la condición de miembros de estructuras organizadas de poder intrínsecamente peligrosas-, son sujetos de una legislación penal de excepción. Ejemplo de ello lo es la novedosa inserción en el texto constitucional de la figura del colaborador de la justicia.

En otro orden de ideas, - y a reserva de que más adelante se retome la reflexión en torno al injustificado tratamiento diferenciado de investigación, procesamiento y ejecución penal en el ámbito del crimen organizado -, la reforma constitucional penal trae como consecuencia una clara apertura en lo que a la investigación de los delitos y al ejercicio de la acción penal respecta.

En efecto, la reforma que opera sobre el texto del artículo 21 constitucional, permite que la investigación de los delitos también pueda ser realizada por las policías; aunque tal facultad siga supeditada a las instrucciones del Ministerio Público.

No obstante dicha limitación, debemos reconocer que la reforma al artículo 21 de nuestra Carta Magna, exige la creación, y así vemos que está sucediendo, de nuevos cuerpos policiacos conformados por individuos más preparados y mejor capacitados para la realización de labores específicas de investigación criminal. Incluso, tal facultad de investigación a cargo de las policías ha sido ya recogida ampliamente por la legislación procesal penal federal, en la que, a partir de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de enero del año 2009, ya se contemplan figuras de gran importancia para la investigación criminal y para el proceso, como lo son la debida preservación del lugar de los hechos y las obligaciones relativas a la cadena de custodia de objetos.

Lo cierto es que, con independencia del direccionamiento que el ejercicio legislativo constitucional sugiere de cara al combate del crimen organizado, la denominada *reforma constitucional penal*, ha venido a revolucionar la ya anacrónica tradición procesal penal mexicana, abriendo paso a lo que, sin duda, tendrá que ser un sistema de enjuiciamiento criminal más respetuoso de las

garantías del inculpado<sup>(10)</sup> y, en el plano de las exigencias propias del principio de igualdad procesal, de la víctima u ofendido.

### 3. — *La reforma constitucional penal y la delincuencia organizada.*

Aunque no sea, -cuando menos en el discurso-, el objeto principal de la reforma constitucional penal, no cabe duda que la delincuencia organizada cobra innegable protagonismo en el texto del Decreto publicado el día 18 de junio del año 2008. Efectivamente, en los artículos 16 párrafos octavo y noveno<sup>(11)</sup>, 18 párrafo octavo, 19 párrafo segundo, 20 apartado “B” fracciones III y V, y apartado “C” fracción V, 22 párrafo segundo *in fine*, en relación con su fracción II, y 73 fracción XXI, todos de la Constitución Federal, se hace mención expresa a la delincuencia organizada. En todos estos preceptos aparecen insertas diversas figuras que permiten, en principio, un mayor y más eficaz combate al que ha sido el fenómeno criminal del siglo pasado y aún del actual: la *delincuencia organizada*. Tantas y tan claras referencias no permiten negar que la *reforma constitucional penal* del año 2008, se construyó en torno a un destinatario bien definido.

Así es, la *reforma constitucional penal* busca otorgar legitimidad a diversos instrumentos legales de combate al crimen organizado que de suyo no han podido entenderse como completamente respetuosos de los derechos constitucionales del inculpado. Ejemplo de ello lo es el *arraigo*, aplicable, en su momento, únicamente para los supuestos criminales a los que se refiere la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada<sup>(12)</sup>, de conformidad con lo

---

<sup>(10)</sup> Vid. con amplias referencias bibliográficas sobre los orígenes y el alcance de las garantías del inculpado en el proceso penal P. HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, *Las garantías del inculpado*, México, 2009.

<sup>(11)</sup> El orden de tales párrafos fue modificado por virtud del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 1° de junio del año 2009, que adicionó un segundo párrafo al artículo 16 de la Constitución General de la República.

<sup>(12)</sup> El artículo DÉCIMO PRIMERO transitorio de la reforma, establece que hasta en tanto no entre en vigor «el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de

dispuesto, -según el texto de la reforma-, por el artículo 16 párrafo séptimo de la Constitución Federal<sup>(13)</sup>.

---

delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días». De esta forma, hasta en tanto no entre en vigor la reforma constitucional penal en lo que respecta al nuevo proceso penal acusatorio, el arraigo podrá solicitarse y concederse para otros casos distintos a los relacionados con la delincuencia organizada.

(13) Aún y cuando el texto de la reforma constitucional nos parece bastante claro en lo que respecta a los límites que novedosamente se le asignan a la figura del arraigo, reduciendo considerablemente su espectro de aplicación, -sin duda de manera justificada en tratándose de una medida precautoria que resulta especialmente contraria al principio de presunción de inocencia por dos razones particulares: primero, por suponer un adelantamiento de las barreras de intervención del Estado, en supuestos bajo los que cobran preferencia razones como el éxito de la investigación o la protección de testigos por encima del reconocimiento de inocencia del inculcado y, de otro lado, por tratarse de una medida puramente restrictiva de la libertad personal cuyo único objeto es investigar al indiciado o, peor aún, el de confirmar o descartar las sospechas que sobre él graviten (Cfr. el informe de *Human Rights Watch* de enero de 2009 sobre México, visible en [www.hrw.org/en/node/79216](http://www.hrw.org/en/node/79216), p. 2.), algún sector de la doctrina en México entiende (*vid.* por todos FÉLIX CÁRDENAS, R.; *Algunas observaciones críticas a la futura reforma constitucional, con especial mención a la delincuencia organizada*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 32, número 32, 2008, pp. 276 y 277), creemos que de manera imprecisa, que el arraigo, por el solo hecho de poseer la categoría de *medida cautelar*, a pesar de no ser la única, pues también lo son, por decir algunas, la prisión provisional (Cfr. artículo 19 segundo párrafo de la Constitución General de la República) o el embargo precautorio (Cfr. artículos 2º fracción III y 149 del Código federal de procedimientos penales), podrá mantener su operatividad, a pesar de la referida reducción de su ámbito de aplicación, para todos los delitos que la prevean en los nuevos códigos procesales penales, incluso después de que haya entrado en vigor el nuevo sistema procesal penal acusatorio y opere su interdicción para “delitos graves”, tal y como lo señala el artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma constitucional de 2008. Tal interpretación se sostiene, de acuerdo con lo expuesto por dicho sector doctrinal, principalmente en lo dispuesto por el párrafo décimo tercero del artículo 16 constitucional que prevé, de acuerdo con la reforma, la existencia de *jueces de control* cuya función será la de resolver, “en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de *medidas cautelares*, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial”, lo que permitiría la solicitud del arraigo, por tratarse de una medida cautelar, aún en delitos distintos a los relacionados con el crimen organizado. Entendemos que la citada apreciación es incorrecta por cuanto supone, por la sola naturaleza jurídica de la medida, que ya decíamos que no es la única que la posee, y la existencia de una instancia judicial encargada de concederlas, una injustificada ampliación del espectro de operatividad del arraigo a supuestos que ya no se encontrarán previstos en la Constitución General de la

De la misma forma, se ha limitado la operatividad de otra suerte de medidas cautelares, en torno a las cuales se observan, igualmente, claras excepciones. Tal es el caso de la prisión preventiva, que de acuerdo con lo que señala el texto de la reforma, se encuentra llamada a operar oficiosamente, sólo para aquellos casos que la ley prevea como de delincuencia organizada y para un catálogo aparentemente muy reducido de delitos<sup>(14)</sup>.

---

República, ni siquiera de forma transitoria. Y es que, en definitiva, la reforma que opera sobre el texto del ya citado artículo 16 constitucional tiene por objeto, precisamente, delimitar el ámbito de aplicación del arraigo a supuestos muy reducidos, esto es, únicamente a delitos en materia de delincuencia organizada, razón por la cual, una interpretación como la que se propone, que implicaría desatender los límites que constitucionalmente tiene ahora delineados la figura del arraigo, sería contraria al propio texto del artículo 16 párrafo séptimo de la Constitución Federal, provocando los mismos efectos perniciosos que la reforma constitucional pretende paliar. En conclusión, los jueces de control a que se refiere el artículo 16 décimo tercer párrafo de la Constitución Federal, resolverán, entre otras, las solicitudes de medidas cautelares que les sean solicitadas por la autoridad investigadora o cualquier otra competente; en el caso del arraigo, las solicitudes sólo procederán cuando versen sobre delitos en materia de crimen organizado. Por tanto, aún y cuando el arraigo forme parte del conjunto de medidas cautelares previstas por la ley, y exista un órgano del Poder Judicial de la Federación encargado de resolver la concesión de cualquiera de éstas, ello no supone que el citado instituto encuentre aplicación, reiteramos, por el solo hecho de tratarse de una medida cautelar, para cualquier caso previsto en la futura legislación secundaria, por lo que, cuando el juez de control reciba una solicitud de arraigo, deberá verificar, inexorablemente, que ésta se encuentre siempre imbricada en una investigación de delitos en materia de delincuencia organizada.

<sup>(14)</sup> El párrafo segundo del nuevo artículo 19 de la Constitución General de la República, establece: «El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud». Como puede observarse, aún y cuando la reforma pretende reducir al mínimo los casos en que puede solicitarse y ordenarse la prisión preventiva, lo cierto es que se ha dejado una cláusula sumamente abierta a través de la cual pueden insertarse en el catálogo de delitos para los cuales procede la prisión preventiva oficiosa, otras figuras que no están expresamente previstas en el propio artículo 19. Ello se desprende fácilmente

Y es que no cabe duda que el fenómeno de la Delincuencia Organizada ha hecho necesaria, en algunos casos, la creación y, en otros tantos, la adaptación, de ciertos instrumentos de investigación que, al margen de su todavía discutida constitucionalidad, han dado interesantes resultados en otros países en los que también ha cobrado fuerza este fenómeno. Tal es el caso de la figura del *arrepentido* colaborador de la justicia, que aparece novedosamente integrada en la nueva redacción del artículo 20 constitucional apartado “B” fracción III. Asimismo, se aprecian en el texto del artículo 20, diversas referencias al mecanismo de protección de testigos, ya previsto en el artículo 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Por otro lado, con relativa sorpresa observamos en el texto del artículo 21 Constitucional, la facultad que se le otorga al Ministerio Público para tener en cuenta criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal. Pero la sorpresa es sólo relativa, decíamos, por cuanto dicha facultad conecta, no solamente con lo que dispone el artículo 20 de nuestra Carta Magna en relación con los supuestos de otorgamiento de beneficios por reconocimiento de responsabilidad <sup>(15)</sup> y, por otro lado, por colaboración con la autoridad en materia de delincuencia organizada <sup>(16)</sup>, sino, precisamente, por lo que respecta a las ya señaladas facultades de investigación de las policías, soportando la inserción en la práctica policial y, ciertamente en la de investigación, de la figura del *informante*.

Otra de las novedosas disposiciones que se refieren a la delincuencia organizada, lo es la previsión que se incluye en el artículo 22 de la Constitución General de la República, que viene a marcar la pauta de lo que hoy conocemos como *procedimiento de extinción de dominio*. Se trata de un procedimiento jurisdiccional y autónomo al penal, que opera, no sólo para aquellos casos de delincuencia organizada, sino, paradójicamente, para aquellos delitos que de

---

de la frase: «...delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud».

<sup>(15)</sup> Artículo 20 apartado “A” fracción VII.

<sup>(16)</sup> Artículo 20 apartado “B” fracción III segundo párrafo.

ordinario son objeto de la delincuencia organizada: delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas.

Este procedimiento tiene por objeto, al margen de su posible colisión con uno de los principios limitadores del *ius puniendi* cual es el principio *non bis in ídem*, retirar del espectro de dominio de los grupos delincuentes organizados o, por otro lado, dedicados a la realización de delitos de especial gravedad, aquellos recursos que sean instrumento, objeto o producto del delito, o bien, que se hayan utilizado para el blanqueo de capitales. Se trata, en definitiva, de reducir la capacidad de acción de la delincuencia organizada afectando su base económica.

Como vemos, son muchas y muy diversas las previsiones que novedosamente se insertan en el texto constitucional en materia de crimen organizado. Empero, los problemas que de suyo acarrearán muchas de tales disposiciones, sobre todo en el plano del debido proceso legal, no desaparecerán por el solo hecho de que hayan sido elevadas a rango constitucional.

### 3.1. — *El nuevo artículo 20 constitucional.*

Una de las más significativas modificaciones al texto constitucional, lo ha sido, sin duda, la que operó sobre el texto y estructura del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, el artículo 20 referido se reestructura en tres apartados integrando, en el primero de ellos, los principios generales del proceso penal acusatorio.

Por su parte, las garantías del inculpadado que aglomeraba el apartado “A” del propio artículo 20, integran, con evidentes adiciones, el nuevo apartado “B”; mientras que las garantías de la víctima u ofendido se trasladan al nuevo apartado “C”. Tan notables modificaciones, traen consigo la creación de un completamente nuevo artículo 20 constitucional.

Como ya se dijo *ut supra*, en el nuevo texto del artículo 20 constitucional se hacen expresas referencias a la delincuencia organizada. Una de ellas, lo es la contemplada en el apartado “B”, fracción III, del texto del artículo 20, según la reforma, que supone la inserción de la no tan novedosa figura de la colaboración con la justicia.

Y decimos que no es tan novedosa, en razón de que dicha figura ya se encontraba prevista en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada desde su entrada en vigor en el año de 1996<sup>(17)</sup>; además de que se trata de un instituto ampliamente estudiado a nivel internacional.

Dicha figura ha representado desde siempre, una apuesta político criminal que hoy se ubica, por cierto inexplicablemente, a nivel constitucional dentro del cuerpo de garantías del inculpado; lo que supone elevar a rango constitucional, el establecimiento y operatividad de las hipótesis colaborativas previstas, especialmente, en los artículos 35 y 36 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

De esta forma, se inserta en el texto constitucional el derecho que ahora posee todo inculpado para gozar de los beneficios que prevea la ley para aquellos casos en que se enderece una conducta colaborativa en materia de delincuencia organizada, esto es, que se formaliza la previsión de beneficios para quienes, poseyendo el carácter de inculpados, colaboren con la autoridad en el combate al crimen organizado.

De esta forma, se busca incentivar desde el texto constitucional, por una parte, la disociación no siempre espontánea de la organización, y por otra, la colaboración de aquellos sujetos miembros de la delincuencia organizada que, a cambio de alguno de los beneficios que señala la ley, aportan elementos de convicción para facilitar la investigación, detención, persecución, procesamiento y sanción de otros miembros del mismo o de otros grupos criminales a los que se hubiere pertenecido o con los que se hubiere colaborado. Tal previsión permite, en definitiva, que la autoridad investigadora reciba información potencialmente privilegiada sobre la estructura y funcionamiento de diversas organizaciones criminales.

### *3.1.1. – El régimen de privilegio para los colaboradores de la Justicia.*

Como ya se señaló, la reforma constitucional penal, -particularmente en lo que se refiere al artículo 20 apartado “B”-, comporta la inserción a nivel constitucional del régimen de privilegio previsto en los artículos 35 y 36 de

---

<sup>(17)</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de noviembre del año 1996.

la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada para aquellos sujetos que colaboren en la investigación y persecución de la delincuencia organizada. Así, el inculpaado, procesado o sentenciado, goza de la posibilidad, -como derecho fundamental-, de obtener beneficios por colaboración con la justicia.

Tradicionalmente, la figura de colaboración con la autoridad ha encontrado cabida en distintas legislaciones penales y, ciertamente, al margen de sus implicaciones sustantivas y procesales, -que por cierto no son pocas particularmente de cara al irrestricto respeto del cuerpo de garantías que contempla la Constitución mexicana-, permite a las autoridades investigadoras obtener información, en principio potencialmente privilegiada, sobre la estructura, funcionamiento y operaciones de estos grupos criminales organizados, a cambio del otorgamiento de puntuales *beneficios* de diversa naturaleza a favor del delincuente *arrepentido*<sup>(18)</sup>. Beneficios que pueden tener lugar, en nuestro país, durante la etapa de averiguación previa, así como en el proceso penal y en sede de ejecución de penas y medidas de seguridad.

El otorgamiento de los beneficios que comprende la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se encuentra supeditado, por lo general, al cumplimiento de ciertos requisitos; entre éstos destacan: el abandono voluntario de las actividades delictivas, la comparecencia ante las autoridades con confesión de los hechos en que se hubiere participado y, además, la colaboración activa con las mismas a los efectos de impedir la ejecución del delito. Incluso, en la mayoría de las legislaciones que prevén la figura,

---

<sup>(18)</sup> Por una clara influencia italiana se ha denominado “arrepentido” a aquel sujeto que, en su carácter de procesado o sentenciado por alguno o algunos de los delitos que así lo prevén, colabora con la autoridad para la identificación y captura de otros delincuentes, así como para la identificación y desarticulación de las bandas o grupos organizados a los que hubiese pertenecido o con los que hubiera colaborado. En este caso, por tratarse de figuras homologables, utilizaremos tal denominación para referirnos también a la figura del colaborador de la justicia, al margen de la añeja discusión sobre si se trata o no de un término que lleve implícito el correcto significado, fundamento y alcances de la figura colaborativa. Y valga la presente nota en virtud de que la denominación del instituto no ha permanecido exenta de serias críticas. La concepción generalizada estima que la denominación de la figura no es la más adecuada (arrepentido), particularmente porque la actividad colaboracionista no implica ningún tipo de arrepentimiento, subjetivamente hablando, por parte del colaborador. *Vid.* ampliamente R.A. OCHOA ROMERO, *Justicia penal...*, cit., pp. 73 y ss.

se exige coadyuvar *eficazmente* a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o para impedir la actuación o el desarrollo de otras organizaciones o grupos criminales a los que se haya pertenecido o con los que se hubiere colaborado.

Esta figura, con independencia de las consecuencias que comporta desde la ya referida perspectiva garantista, en algunas experiencias ha dado grandes y muy fructuosos resultados. Por ejemplo en Italia, país del que proviene fundamentalmente su regulación<sup>(19)</sup>. No obstante, la institución ha sido blanco de diversas y muy severas críticas por parte de la más calificada doctrina penal y procesal penal, particularmente por lo que ha supuesto en el plano procesal, la asignación de una desmesurada potencialidad probatoria a los elementos de convicción proporcionados por el colaborador, lo que ha constituido -y efectivamente así vemos ha sucedido en múltiples ocasiones-, una flagrante vulneración del derecho a la presunción de inocencia<sup>(20)</sup> y, en

---

<sup>(19)</sup> Vid. M. PAVARINI, *Lucha contra la criminalidad organizada y "negociación" de la pena, en Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, coordinados por J. E.S. VIRGOLINI y A. W. SLOKAR, AA.VV., Buenos Aires, 2001, p. 24.

<sup>(20)</sup> Como señala G. CUSSAC, «de la configuración constitucional del derecho a la presunción de inocencia deriva la interdicción de las presunciones *iuris tantum e iuris et de iure* respecto de los hechos. De modo que, con independencia del tipo de delito de que se trate, como señalara la STC 87/2001, de 2 de abril "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*. La primera modalidad de presunción *iuris tantum* no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción *iuris et de iure*, tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia". Por ello, "en sede de presunción de inocencia debe hacerse referencia al "enemigo arrepentido" y en particular al valor probatorio de sus testimonios como prueba de cargo, debiéndose considerar los beneficios legales obtenidos a cambio. Ya el TEDH calificó como "testigo sospechoso" a aquél que obtiene ventajas al declarar en un determinado sentido, y por ello viene exigiendo que las declaraciones de éstos tengan que ser corroboradas por otras pruebas». J.L.

general, de otros principios fundamentales del proceso penal moderno.

Efectivamente, la problemática producida por el uso y abuso de los *arrepentidos* en el sistema penal, nos conduce a la íntima imbricación que existe entre cuestiones penales de carácter sustantivo y que, en definitiva, tienen relevancia político criminal y suponen una apuesta legislativa cargada de sentido político, y otra suerte de problemática, reiteramos, completamente interconectada, cual es la estrictamente procesal penal y que, en definitiva, como se señalará, forma parte de la más amplia teoría de la prueba, en concreto, cuestiones como la admisibilidad y valoración de la misma, y que consistiendo en la admisibilidad y la valoración de la declaración del coimputado que señala a otro como copartícipe en una actividad delictiva, representa infinidad de problemas en la práctica; ello aunado a la falta de regulación de dicha figura tanto en el Código Federal de procedimientos penales como en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

No obstante, la referida reforma constitucional penal, permite, -dada la integración de la comentada figura en el texto del artículo 20 constitucional-, la legítima obtención de los beneficios que establecen los artículos 35 (en sus diversas fracciones), 36, 42, 43 y 44 de la Ley Federal en materia de crimen organizado, por parte de aquellos sujetos que colaboren con la autoridad en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada. Tales beneficios pueden consistir, entre otros, en la renuncia a la persecución de los hechos imputables al indiciado, cuando éstos se descubran por virtud de su colaboración; en una reducción de hasta dos terceras partes de la pena que le correspondería por los delitos cometidos, cuando la derrama de información, -traducible en indicios-, tenga lugar durante la tramitación de una averiguación previa y sea suficiente para consignar a otros miembros del crimen organizado; en la reducción de hasta una mitad de las penas que corresponderían por los delitos por los cuales el colaborador enfrenta el proceso penal, cuando los datos facilitados constituyan pruebas *ciertas*, suficientes para sentenciar a otros sujetos con funciones de administración, supervisión o dirección de la organización criminal; en la remisión

---

G. CUSSAC, *El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho...*, cit., p. 64.

parcial de la pena privativa de la libertad hasta en dos terceras partes, cuando el colaborador sentenciado facilite pruebas *ciertas*, suficientemente valoradas por el juez, para condenar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, supervisión o dirección.

Asimismo, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se prevé un régimen diferenciado de tratamiento, en este caso ejecutivo-penal, para aquellos sujetos miembros de la delincuencia organizada que hayan prestado ayuda eficaz en la persecución del delito y, especialmente, en el procesamiento de otro u otros miembros del crimen organizado a través de cualquiera de las modalidades colaborativas que establece la Ley. Así, los colaboradores de la justicia podrán compurgar sus penas en establecimientos penitenciarios distintos a aquellos en donde se encuentren otros miembros de la delincuencia organizada no colaboradores; podrán acceder al régimen de libertad preparatoria y de condena condicional; así como al tratamiento preliberacional y a la remisión parcial de la pena.

Como se puede observar, la ya citada reforma constitucional integra en el artículo 20 apartado "B" fracción III de nuestra Constitución General, la previsión de un régimen diferenciado de tratamiento jurídico penal, -completamente favoritista-, que no sólo no alcanza a quienes no son miembros de la delincuencia organizada, esto es, que son delincuentes comunes, sino que, precisamente, opera en línea de exclusividad para quienes formando parte de tales grupos, deciden colaborar con la autoridad y obtener a cambio alguno de los beneficios que precisa la ley y que se pueden traducir en importantes reducciones aplicables a las penas potencialmente imponibles por los delitos cometidos; en la remisión parcial de la pena de prisión impuesta en sentencia, o en particulares beneficios penitenciarios.

La previsión de tal posibilidad y, en definitiva, su elevación a rango constitucional, suponen un claro premio a la colaboración oficial de quien se encuentra involucrado en una investigación o, en su caso, en un proceso por los delitos a los que se ciñe la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Naturalmente, la posibilidad de obtener tales beneficios viene anudada al mayor o menor cúmulo de información que pueda participar el miembro de la delincuencia organizada *arrepentido*, lo que comporta, necesariamente, un

amplio margen de maniobra y de negociación con la autoridad para quien más sabe, esto es, para los directores, administradores, o supervisores de la organización criminal.

En definitiva, la sola posibilidad de negociar oficialmente la responsabilidad criminal, y de beneficiar a quien más sabe, no se antoja digna de su consagración a nivel constitucional.

### 3.1.2. – *Consideraciones desde la perspectiva probatoria.*

Al margen de los cuestionamientos que desde luego pueden enderezarse en torno a la previsión a nivel constitucional del régimen de colaboración con la justicia, lo cierto es que el problema en torno a la naturaleza jurídica y a la potencialidad probatoria de la declaración de un coimputado es el tema más complicado.

En efecto, como bien señala QUINTANAR, “las denominadas declaraciones de coimputado, como declaraciones realizadas por un imputado de haber intervenido con él en la ejecución del delito perseguido otro correo al que se “implica” y acusa en la declaración, no puede considerarse *stricto sensu* ni confesión ni puro testimonio”<sup>(21)</sup>. Lo anterior es así, básicamente porque la primera requiere que los hechos confesados perjudiquen a quien realiza la declaración y no a un tercero, “debiendo tratarse de manifestaciones o declaraciones *contra se*, y suponiendo una auto-incriminación del hecho delictivo por el que se procede”<sup>(22)</sup>; y, por otra parte, tampoco puede otorgársele a dicha categoría la naturaleza de prueba testifical<sup>(23)</sup>, pues tal prueba testifical debe proceder de un verdadero *testigo*, en otras palabras, de un tercero ajeno a los hechos objeto del proceso y no, como sucede en este caso, de quien funge como inculcado en él y, por lo tanto, es sujeto con interés en el juicio<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal...*, cit., pp. 314 y 315. En el mismo sentido J.L. SE-OANE SPIEGELBERG, *Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas*, en *Actualidad Penal*, 1996-1, p. 350.

<sup>(22)</sup> J.L. VAZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, pp. 130- 131.

<sup>(23)</sup> Vid. ampliamente M.P. DÍAZ PITA, *El coimputado*, Valencia, 2000, pp. 350 y ss.

<sup>(24)</sup> Vid. M. QUINTANAR DÍEZ, *La Justicia penal...*, cit., p. 315; J.L. VAZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia...*, cit., p. 131.

Determinar con claridad este “valor probatorio” es de vital importancia; sobre todo para sustentar debidamente una eventual sentencia condenatoria en contra del coimputado delatado, ya que es necesario no sólo que el juzgador tenga, por encima de cualquier duda, la certeza de culpabilidad, sino que, además, dicha certeza debe basarse en una “mínima actividad probatoria de cargo” que, para el caso de las declaraciones de coimputados, no parece muy clara.

Para el caso de la declaración inculpatoria de un coimputado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que: “La imputación de un coacusado *cuando elude su responsabilidad*, resulta ineficaz para el pronunciamiento de una sentencia condenatoria, pues constituye un simple indicio por sí sólo insuficiente para constituir prueba plena”<sup>(25)</sup>.

A mayor abundamiento, nuestro máximo Tribunal ha dicho también que: “Es verdad que la Corte ha establecido jurisprudencia en el sentido de que no debe desestimarse la imputación que un acusado hace en contra de otro, cuando no trata de eludir su propia responsabilidad; pero es evidente que a *esa sola imputación no puede asignársele valor de prueba plena*, pues se dejarían de observar los principios reguladores de dicha prueba establecidos en todos los códigos de procedimientos penales que rigen en la República. *El cargo proveniente del coacusado, produce indicio, pero es menester asociarlo a otros para que, en conjunto, constituyan prueba completa*, y si la condena se basa sólo en la imputación del coacusado, es violatoria de garantías”<sup>(26)</sup>.

El elemento de corroboración para los casos de las declaraciones de coimputados, aplica incluso cuando se está en presencia de una declaración prestada en fase de averiguación previa y retractada en el juicio. En estas hipótesis se deberá acudir a aquella que se encuentre corroborada por otros elementos de prueba que la hagan verosímil, a pesar de que el propio coacusado se retracte de ella<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Tesis de Jurisprudencia, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Semanario Judicial de la Federación*, I, Segunda Parte, p. 13.

<sup>(26)</sup> Tesis de Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Semanario Judicial de la Federación*, parte LXXXI, p. 3506.

<sup>(27)</sup> En este sentido la Tesis de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Na-

No obstante, la problemática en torno a las declaraciones inculpatorias de los coacusados en estos supuestos de delincuencia organizada, no gira solamente alrededor de su corroboración mínima, tiene mucho que ver también con el móvil de la propia declaración.

Podríamos estar de acuerdo en que no puede negarse valor probatorio alguno a una declaración de esta naturaleza; sin embargo, sí que afirmamos que tales deposiciones, a los mencionados efectos, deben corroborarse mediante ciertos parámetros que no pueden ser tan endebles como la simple ausencia del ánimo de exculpación.

Cierto es que la no exculpación proporciona cierto nivel de fiabilidad, subjetivamente hablando, a un atestado de este tipo, pero no menos cierto es que no constituye el único interés que pudiera tener un coimputado al depone en juicio en contra de otro u otros que pudieran haber intervenido con él en el delito. Tal es el caso de la motivación por venganza, odio, o por *promesa de trato procesal y/o penitenciario posterior más favorable*. Nos referimos aquí, específicamente, a las declaraciones inculpatorias de coimputados obtenidas por virtud de los ofrecimientos premiales contemplados, tanto en las cuatro fracciones del artículo 35, como en el artículo 36, ambos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

En estos casos, el órgano jurisdiccional debe actuar bajo el más profundo recelo, pues no solamente se trata siempre de declaraciones interesadas, -por no decir coartadas-, sino que, aún más allá, se trata de manifestaciones que, por provenir de un coimputado, pueden perfectamente obedecer a otros móviles completamente espurios como la venganza personal o de grupo, la desviación de las investigaciones ministeriales, o el simple ajuste de cuentas.

---

ción, en *Semanario Judicial de la Federación*, T. 163-168, Séptima Parte, p. 29: “Por disposición del artículo 21 constitucional, que reglamenta el Código de Procedimientos Penales, es el Ministerio Público quien tiene competencia para proceder a la investigación de los delitos mediante la incoación de la averiguación previa y la consignación a los tribunales, con fines de persecución de los delitos mediante el ejercicio de la acción correspondiente; en consecuencia, la confesión rendida por un coacusado ante dicha autoridad conserva eficacia probatoria en el juicio contra el acusado, aunque el propio coacusado se retracte ante el juzgador alegando que declaró bajo presión, cuando es apoyada con otros elementos de prueba que la confirman y la hacen verosímil”.

Así las cosas, ante la declaración inculpatoria de un coimputado no solamente debe estarse al hecho de que busque o no eludir su responsabilidad en los hechos, sino que, además de no perseguir su inocencia, debe estar corroborada plenamente por otros elementos de prueba que la confirmen, pero sobre todo, que permitan afirmar que ésta carece de todo tipo de interés que pudiera dirigirla<sup>(28)</sup>; condición que, en los supuestos contenidos en los artículos 35 y 36 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, simple y sencillamente no se cumple.

En consecuencia, vemos que las deposiciones del coimputado *arrepentido* no constituyen prueba plena, sino sólo un elemento indiciario liso y llano de potencialidad probatoria indeterminada, por ser objeto de corroboración para efectos de constituir prueba de cargo. Parece por ello, que las disposiciones premiales contenidas en la Ley Federal contra el crimen organizado, son discordes con los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al sugerir que la declaración del coimputado debe asumir la categoría de *prueba cierta* para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada.

En conclusión, las disposiciones premiales incluidas en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, -aparentemente blindadas en cuanto a su goce y disfrute por la reforma constitucional penal-, quedan reducidas, -especialmente por lo que respecta al Ministerio Público de la Federación que, en definitiva, parece ser quien exclusivamente utiliza la información aportada por el colaborador-, a un interesante y no poco controvertido medio de investigación que soporta, por otro lado, un instrumento de negociación de la responsabilidad criminal sumamente riesgoso y favorecedor del destino criminal del ahora *enemigo* colaborador, -y que por esa razón es, supuestamente, menos *enemigo*-, con consecuencias demasiado graves, -especialmente desde el punto de las garantías dimanantes del principio de seguridad jurídica-, para la persona y destino procesal del *enemigo* delatado.

Así es, el ofrecimiento del beneficio, ya procesal, ya penitenciario, -que opera como una especie de coacción a nivel legislativo-, impide considerar

---

<sup>(28)</sup> Cfr. J.L. G.CUSSAC, *El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho...*, cit., p. 64.

la actividad colaboracionista como consecuencia de una recolocación del individuo en el plano de lo social o jurídicamente adecuado; esto es, que la posibilidad de obtener ciertos beneficios en los casos a los que se refiere la ley mexicana en materia de crimen organizado, no permite que la actividad de colaboración pueda tenerse por desinteresada. Por tal razón, consideramos correcto afirmar la imposibilidad de considerar la actividad colaboracionista, -desde la perspectiva dogmática de la cuestión-, como una especie de arrepentimiento posdelictual digno de reconocimiento para la obtención de los beneficios de reducción de la pena. Muy por el contrario. La condición de colaboración “interesada”, nos lleva a subrayar el sustento de los diferentes supuestos en consideraciones político-criminales o, en su caso, puramente utilitaristas. Lo que implica, en línea de coherencia con todo lo expuesto, que la asignación de cierto valor probatorio a los elementos que arroje la actividad colaboracionista, dada su naturaleza “interesada”, debe hacerse bajo el más profundo sigilo y, desde luego, bajo condiciones sumamente serias de corroboración, completamente ajenas a un siempre malentendido trasfondo de prevención especial positiva.



GERARDO SAÚL PALACIOS PÁMANES\*

LA ARTIFICIALIDAD DEL DELITO.  
EN EL PENSAMIENTO DE NILS CHRISTIE <sup>(1)</sup>

Nils Christie es un hombre excepcional. Sus ideas sobre la sociedad post-industrial y el control social contemporáneo son inusuales. Su estatura también es peculiar: alcanza quizá los dos metros. Para mí, en cambio, la característica más atípica que encuentro en este magnífico autor es su prosa. Es el tratadista de criminología más generoso que existe. No hay lector que esté impedido para comprender los libros de tan agudo pensador.

Su narrativa es amena, su prosa sencilla y los ejemplos de la vida cotidiana aclaran el contenido temático más sombrío. Yo admiro a este profesor y pienso que en México sus ideas no están diseminadas lo suficiente. Para contribuir a la difusión de las tesis de tan laureado académico, escribo el presente artículo.

Necesito hacer una aclaración. Considero que a este sociólogo noruego no le gustaría que alguien escribiera sobre su obra empleando formalismos literarios o metáforas de sopor. Por este motivo (de elemental congruencia), me alejaré un poco de los cánones metodológicos acostumbrados. Sé que enseñar es asunto serio, pero esto no riñe con un poco de amenidad. Después de todo, amenidad no es tomar las cosas a la ligera, sino aligerar las cosas que se toman. Dicho lo anterior.

---

\* Maestro en Criminología, mención honorífica. Doctor en Derecho, *Summa Cum Laude*, por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, CONACyT.

<sup>(1)</sup> Este artículo está basado en las obras de Nils Christie, *La Industria del Control del Delito.*; *Una Sensata Cantidad del Delito*, y de manera especial, en su capítulo de libro: “El Delito no Existe”, visible en la obra colectiva VVAA. S.n., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005.

El verano de 2009 ingresé a una tienda de autoservicio. Minutos después y sin yo percatarme, dos varones entraron al establecimiento. Uno de ellos permaneció en la entrada, por la parte de adentro. El otro se dirigió a la empleada que en ese momento atendía a otros clientes que formaban la fila de pago. Intimidándola con gritos y lenguaje corporal agresivo, le ordenó abrir la caja registradora. Ella así lo hizo y él se inclinó sobre el mostrador, alcanzando el dinero. En ese instante tomé mi portátil y llamé a la policía. Me identifiqué con la operadora como empleado de seguridad pública estatal y le relaté los hechos. Ella me afirmó que enviaría una patrulla. Terminé la llamada antes de que los dos hombres salieran del lugar. Ante la mirada de todos los que allí nos encontrábamos, los dos jóvenes egresaron de la tienda y, caminando sin apuros, se alejaron hasta voltear en una esquina.

Por fortuna nadie resultó herido. La dependiente, aún asustada, reinició su tarea de atender a las personas que hacían fila para pagar. Yo decidí permanecer en el lugar hasta ver llegar a la policía. Mi objetivo era tomar el tiempo de respuesta. Al cumplirse veinte minutos, decidí retirarme. Pero justo cuando salía del establecimiento, arribó una patrulla municipal.

Pronto reconocí a sus dos tripulantes. Habían sido alumnos en la escuela de policía que dirijo. Me pidieron la media filiación de los responsables. Les dije que eran varones jóvenes. Uno de ellos, aquel que permaneció de pie en la puerta del inmueble, tenía veinticinco años, aproximadamente. El otro, quien tomó el dinero de la caja, tal vez completaba los cuarenta años. Después de proporcionar otras señas, como color de piel, estatura y tipo de cabello, los policías abordaron su patrulla y partieron en busca de sospechosos, no sin antes pedirme que permaneciera en el lugar, pues querían demostrarme lo mucho que habían aprendido durante su entrenamiento.

A los diez minutos regresaron con dos jóvenes arrestados en la parte trasera del automóvil. Al verlos me percaté que se trataba de otras personas. Los policías pusieron en libertad a los detenidos y, supongo, nadie detuvo a los responsables.

Los dos jóvenes que fueron víctimas de este error policial tenían una media filiación semejante a la que yo le referí a los aprehensores. Pero entre unos y otros había diferencias sutiles que se pasaron por alto. Los respon-

sables vestían ropa de marca. En cambio, los detenidos vestían, más bien, prendas humildes. Desde que vi a los dos responsables dentro de la tienda, me quedó claro que eran de clase media. En cambio, cuando vi a los detenidos no tuve duda de que se trataba de personas de estrato social bajo.

La información que yo proporcioné a los policías fue incompleta. Ellos rellenaron, por decirlo de alguna forma, los espacios que mi descripción dejó en blanco con sus prejuicios sociales. Esos prejuicios los hizo buscar a los responsables en un estrato determinado. En su breve averiguación descartaron automáticamente a las personas que no tuvieran apariencia de “ladrones”. El sego los llevó a la equivocación. Su decisión de arrestar a dos jóvenes de clase baja obedeció a un estereotipo. Así fue como realizaron la *criminalización secundaria*. Es decir, la acción y el efecto de atribuir una conducta delictiva a una persona determinada. Cuando esa criminalización se hace con base en la apariencia, se dice que es “selectiva”.

Ésta es la forma como opera el *sistema punitivo* mexicano y, pienso, la mayoría de los sistemas punitivos. En el lenguaje formal de la criminología crítica, por sistema punitivo se entiende el conjunto de agencias que conforman el aparato de justicia penal en sentido amplio: legisladores, policía preventiva, policía investigadora, agente del ministerio público, jueces, magistrados, cárceles y oficinas de ejecución de sanciones alternativas (no privativas de libertad). En todas las agencias, la información ignorada se completa con prejuicios sociales.

Una de las teorías más conocidas de la vertiente criminológica crítica, llamada *labelling approach* (teoría del etiquetamiento), explica el fenómeno. Si ignoramos esta perspectiva, acogiendo sólo aquella que proporciona la criminología *del paso al acto*, no podremos conocer por qué las cárceles mexicanas están pobladas por gente pobre, en su mayoría. Si dejamos de lado el estudio sobre las formas y las motivaciones, conscientes e inconscientes, con que el sistema punitivo opera, podemos incurrir en el error de pensar que las prisiones están llenas de pobres porque siempre o casi siempre son ellos quienes delinquen.

En las universidades de México, la criminología *del paso al acto* se enseña casi como dogma. Esto es, como una verdad inobjetable, que no debe ser

“re-visada”, en el sentido de “volverse a ver” para analizar, críticamente (con duda científica) la verdad o falsedad de sus principios. Esta clase de criminología es aquella que, basándose en una posición epistemológica positivista, busca las causas de la conducta antisocial en el hombre en su triple dimensión *biopsicosocial*.

Conocida también como dirección etiológica, primero consideró al criminal como un enfermo, para después tenerlo como una persona con peligrosidad medible y factores criminógenos susceptibles de diagnóstico, pronóstico y tratamiento.

La criminología clínica clasifica las conductas en cuatro: (1) asocial; (2) social; (3) parasocial; y (4) antisocial. <sup>(2)</sup>

La conducta *asocial* se lleva a cabo en la intimidad; por lo tanto, es indiferente a la sociedad. El individuo está en el interior de su vivienda, solo. Lo que allí haga es irrelevante para la sociedad; no puede cometer conductas que se alejen de las expectativas sociales pues no actúa “dentro” de un grupo.

La conducta *social* es aquella que cumple las expectativas del grupo. Si yo compro comida “para llevar” en un restaurante, asumo que los cocineros respetaron las normas de higiene en el preparado de los alimentos, sin necesidad de serciorarme acudiendo a la cocina. Si ellos observaron las normas, su conducta es social.

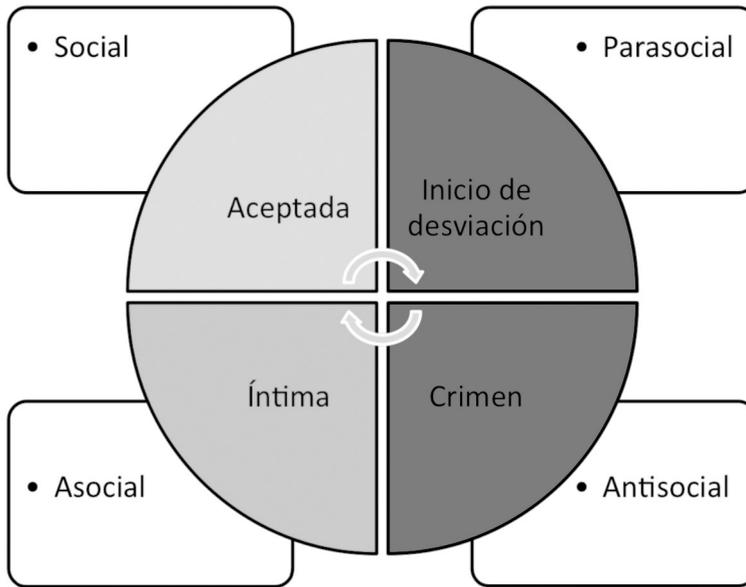
La conducta *parasocial* incumple las expectativas sociales, pero no daña a la sociedad. Ejemplos clásicos son: prostitución, pandillerismo, vagancia, consumo de drogas, etc.

La conducta *antisocial* no sólo incumple las expectativas del grupo social; también le ocasiona un daño. Ejemplos los hay en cantidad: lesiones, homicidio, robo, fraude, extorsión.

La siguiente figura expone gráficamente la tipología conductual que referí:

---

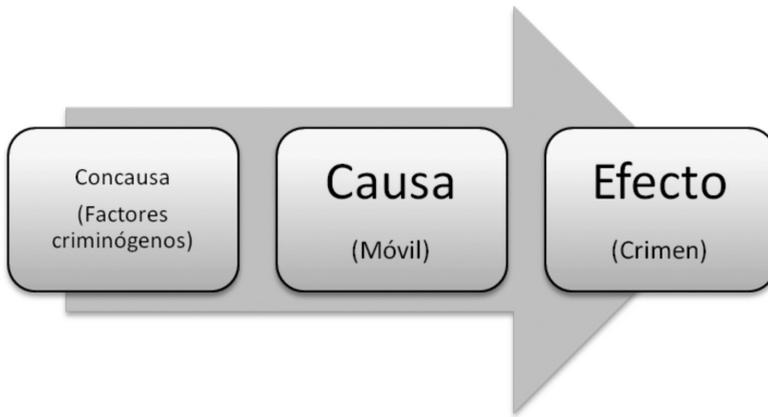
<sup>(2)</sup> Para esta explicación me baso en los capítulos I y II de: L. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Criminología Clínica*, 2ª edición, México, 2008.



En el lenguaje formal de la criminología clínica, por *factor criminógeno* se entiende la causa eficiente de la conducta antisocial. Por ejemplo, el sujeto *A* ingiere bebidas alcohólicas al interior de una cantina, en compañía de sus amigos, durante varias horas. Al calor de las copas, *A* es insultado por uno de sus compañeros, que llamaremos *B*. *A* y *B* comienzan a discutir y *B* le propina un puñetazo a *A*. Éste saca de entre sus ropas un puñal y lo clava en el vientre de *B*. El sujeto *B* muere en el acto y *A* es detenido, juzgado y condenado a pena privativa de libertad.

El ministerio público demostró un móvil; es decir, una causa por la cual *A* mató a *B*. No le resultó difícil. Los testigos declararon que *A* fue insultado por *B*, originándose así la discusión que terminó en homicidio. Al juez le bastó este dato para tener claro el móvil del crimen.

Al criminólogo clínico, en cambio, no le es suficiente conocer el móvil. La “causa jurídica” del delito tiene, a su vez, otras causas. Aquí es conveniente distinguir entre móvil y causa del móvil. La criminología clínica diferencia estos dos conceptos, llamándolos “causa y concausa”.



En esto los criminólogos clínicos tienen razón. No todas las personas que reciben insultos terminan matando a su interlocutor. ¿Por qué, sin embargo, *A* sí reaccionó violentamente, al grado de terminar privando de la vida a *B*? Esta clase de respuestas las proporciona el enfoque etiológico, de allí su utilidad. Después de la historia clínica (observación longitudinal y entrevistas criminológicas) el criminólogo clínico podrá reconstruir la *criminogénesis*. Allí dirá cuáles son los factores criminógenos del caso particular.

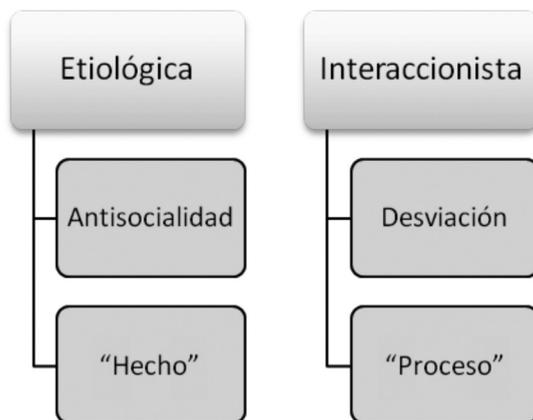
Los clasificará en *endógenos* (los que posee *A* en sí mismo), *exógenos* (los que provienen del entorno hacia adentro: de afuera hacia *A*); *predisponentes* (*A* nació con ellos); *preparantes* (aproximan a *A* hacia la comisión de la conducta antisocial); y *desencadenantes* (son los que empujaron a *A*, hacia la comisión del crimen).

El temperamento colérico sería ejemplo de un factor predisponente. Pues a diferencia del carácter, el temperamento se hereda. La ingesta de alcohol ejemplifica un factor preparante. La ebriedad provocó que *A* perdiera capacidad de reflexión y se disminuyeran sus frenos inhibitorios.

Explicado en otros términos, si *A* hubiera estado sobrio al momento de ser insultado, jamás habría clavado el puñal en el vientre de *B*. El factor desencadenante fue el puñetazo que *B* le propinó al sujeto *A*. Sin ese puñetazo, la discusión no hubiera llegado a la agresión física y, por ende, a la muerte violenta de una persona.

Esta perspectiva criminológica debe seguirse enseñando en las universidades mexicanas. Según me parece, su utilidad es incuestionable. Lo que debe cambiar es el monismo ideológico. Las escuelas tienen que abrirse a la diversidad; sobre todo si son “univers(ales)idades”. La criminología *del paso al acto* estudia, según afirmé, las concausas del crimen. Su aproximación es antropológica. Mira al hombre en sus esferas biológica, psicológica y sociológica. En cambio, escapa a su objeto de estudio otro fenómeno que también es observable y medible, lo mismo que susceptible de explicación y predicción.

Ese objeto de estudio es la *reacción social*. Antes de explicar el concepto, debo fijar algunas premisas. Mientras que la criminología basada en el paradigma<sup>(3)</sup> etiológico considera a la conducta antisocial como un *hecho*, en el sentido de “conducta”; la criminología basada en el paradigma interaccionista la concibe como un *proceso*, en el sentido de “constructo”.



La diferencia es importante. Una conducta sólo es atribuible a su autor. La responsabilidad social (moral y/o jurídica) corresponde al individuo. La explicación del hecho se busca, entonces, en el individuo mismo.

<sup>(3)</sup> Molde, esquema, idea dominante.

Por el contrario, considerar la conducta antisocial como un proceso, implica afirmar que su existencia obedece a relaciones complejas de factores, muchos de los cuales exógenos o externos al individuo. Si esta tesis tiene sustento, parecerá claro que buscar en el hombre la explicación de la antisocialidad, es una perspectiva incompleta, pues deja fuera de su visión las causas exosomáticas (*exo*: fuera; *soma*: cuerpo), de la conducta desviada.

Éstas se buscan a través del *interaccionismo simbólico*, que explicaremos más tarde. Además, el estudio de la *reacción social* implica incluir el análisis del uso del poder de castigar, ejercido por el Estado y entendido como violencia que, aunque basada en la ley, es indeseable *per se* y por tanto necesita ser mantenida en niveles tolerables.

Haré un alto en el camino, para explicar el concepto *desviación* y por qué prefiero utilizarlo en vez de conducta *antisocial*. La criminología estudia sobre todo la conducta antisocial. Si se quiere determinar el carácter científico de esta disciplina (mucho se ha discutido sobre si la criminología es o no una ciencia, pero a mí me parece un tema poco relevante) es necesario delimitar su objeto de estudio. Así resulta importante saber qué es conducta antisocial, pues no ha quedado claramente definido.

El problema se presenta porque lo “anti-social”, como su nombre lo indica, es aquello que está en contra de la sociedad. La criminología no puede limitarse al estudio de las conductas previstas en la ley como delitos, sin negar su propia autonomía. Hacerlo sería permitir que otra disciplina (el Derecho) definiera el objeto de estudio de la criminología. Esto sería científicamente cuestionable. Además, existen conductas que, si bien están prohibidas por las leyes penales, no tienen contenido negativo, en el sentido de ser contrarias a la sociedad. Piénsese por ejemplo en la evasión fiscal.

Si antisocial es lo que está en contra de la sociedad, debe definirse con claridad en contra de qué. Un robo no pone en riesgo la continuidad de la sociedad, ni el patrimonio de todos los miembros de la colectividad. Sin embargo, sí podría afirmarse que la mayoría de los consocios coincide en que la propiedad privada es un derecho, y que ese derecho debe protegerse contra ataques de terceros. Caso más difícil sería el delito contra derechos de autor.

Comúnmente conocida como *piratería*, esta conducta está prohibida en la ley penal, pero no es antisocial. La razón por la que sostengo que la piratería no es antisocial consiste en que la mayoría de los mexicanos consume productos pirata. Si conducta antisocial es aquella que contradice los valores que la mayoría de la sociedad comparte, pero la mayoría de la sociedad compra productos “pirata”, entonces se trata de una conducta delictiva pero social, en el sentido de “no-anti”.

Para sortear este problema, el distinguido criminólogo mexicano, Luis Rodríguez Manzanera, dice que la conducta antisocial es aquella que va en contra del bien común. ¿Y qué es “bien común”? La explicación que voy a dar parecería redundante, pero a veces invertir el orden de las palabras nos ayuda a esclarecer su significado. En mi concepto, “bien común” es aquello que para el común de la gente es “bien”. Expuesto en otros términos, es todo lo que la mayoría considere útil por bello, necesario, virtuoso o generoso. Aquello cuya consecución permite una convivencia armoniosa.

Claro está que nuestra explicación es apenas una aproximación al problema. Luis Rodríguez Manzanera, al decir que lo antisocial es lo contrario al bien común, sabe que elude un obstáculo para, inmediatamente, quedar frente a otro de igual proporción. Cuando este criminólogo se pregunta “¿qué se entiende por bien común?”, acude a la encíclica ecuménica de Juan XXIII, titulada *Pacem in Terris*.

¿Será ésta una respuesta satisfactoria? No estoy tan seguro. Pero sí sé que es la mejor que se ha proporcionado. Pienso que la dificultad consiste en que se considera a lo “anti” como “malo” y a lo “social” como “bueno”. No me parece que las categorías de “bueno” y “malo” puedan utilizarse en el lenguaje científico; menos como ángulos de acometida o de aproximación al objeto.

Por esta razón yo prefiero el término *desviación*. Comenzó a utilizarse en estudios sociológicos cuyos resultados fueron obtenidos empleando el método estadístico. Pensemos en el siguiente ejemplo. En alguna ciudad de Japón, mil casos fueron observados, de los cuales novecientos ochenta arrojaron resultados idénticos, mientras que veinte tuvieron resultados idénticos entre sí, pero distintos con respecto a aquella mayoría. En los novecientos

ochenta casos (mayoría), el peatón que vio la billetera abandonada deliberadamente en la calle por los autores del estudio, no se detuvo a recogerla. En cambio, los otros veinte (minoría) sí se apoderaron del objeto.

Si los autores de la investigación vacían estos datos en una matriz estadística, dibujarán dos líneas. La primera, que representa a la mayoría de casos, trazará una trayectoria vertical. La segunda, en cambio, trazará una trayectoria desviada, con respecto de aquella. ¿El comportamiento de los veinte fue “bueno” o “malo”? Esa pregunta es moral, no científica. Lo importante es que, el comportamiento de los veinte, comparado con el de los novecientos ochenta, es un comportamiento desviado, en la medida en que se separa de la media o constante.

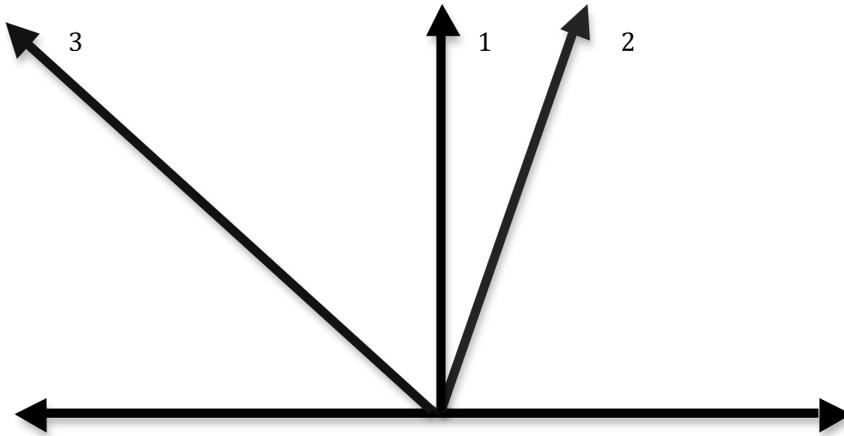
De esta manera, hablar de *desviación* y no de antisocialidad, permite mantener al objeto de estudio libre de contaminaciones religiosas, morales y jurídicas. Como dice Massimo Pavarini, el concepto “desviación” puede usarse para referir una anormalidad estadística; esto es, cada vez que un comportamiento se separa de la media de los comportamientos estandarizados.<sup>(4)</sup> El único problema a resolver (menor que los ofrecidos por los conceptos *antisocialidad* y *bien común*) es que existen dos tipos de desviación. Para explicarlo agregaré una variable al ejemplo anterior.

Supóngase que de los veinte comportamientos minoritarios, uno no consistió en el apoderamiento de la billetera, en el sentido de “apropiación”. El sujeto tomó ese objeto “ajeno” para buscar en su interior alguna identificación personal. Encontró información que le permitió conocer la identidad del “dueño” y su número telefónico. Lo citó en un lugar y le entregó su cartera.

A este caso le llamaré *el caso número veinte*. ¿Cómo luciría el caso número veinte en la matriz estadística? Veamos. La línea (1) mayoritaria, traza una trayectoria recta en vertical. La línea (2) minoritaria, dibuja una trayectoria desviada, inclinándose hacia la derecha. La línea (3), que corresponde al caso número veinte, muestra una desviación hacia la izquierda de la línea (1), sólo que su grado de desviación es aún mayor que el de la línea minoritaria.

---

<sup>(4)</sup> Véase: M. PAVARINI, *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. Traducción: I. MUÑAGORRI, 8ª edición, Mexico City, 2003. p. 63.



Aquí, tanto el comportamiento de “apoderamiento”, como el del caso número veinte, son desviados. ¿Cuál es digno de estudio clínico? Los dos, a mi parecer. El uno para conocer los factores criminógenos; el otro para conocer sus reforzadores psicológicos. Pero para la criminología *del paso al acto*, sólo será objeto de estudio el caso de “apoderamiento”. ¿Por qué? Porque se considera antisocial, es decir, contrario a lo que la sociedad desea que suceda.

Ahora modificaré mi ejemplo. Imagínese que este experimento se realiza en el Distrito Federal. Setecientas personas toman la cartera. En la gráfica, este comportamiento se representará con una línea constante, (vertical) mientras que los trescientos casos en que el transeúnte no tomó la billetera reflejarán la desviación. En el Distrito Federal, contrario a lo sucedido en la ciudad de Japón, el apoderamiento de la cartera es una conducta alineada, no desviada.

La desviación, en este sentido, es cuantitativa, no valorativa (axiológica). Sin embargo, resulta evidente que no por ser mayoritario el comportamiento de “apoderamiento” puede la criminología omitir su estudio. Aquí sucede que la criminología, a diferencia del Derecho, no es autorreferente, en el sentido como lo expresa Niklas Luhmann, sino que necesita una heterorreferencia.

Aunque estos conceptos parecen difíciles de asimilar, en realidad son sencillos. El Derecho es autorreferente porque se define a sí mismo. La lógica jurídica opera con un binomio “legal/no legal”. Al Derecho (positivo) no le interesa si un hecho es “justo” o “injusto”; sólo debe ponerlo a contraluz con leyes para saber si aquel es “legal” o “no legal”. Si es legal, está permitido; si es ilegal, está prohibido. Así, el Derecho no necesita de la moral para saber qué es “bueno” y qué es “malo”. En esa disciplina, las categorías “bueno” y “malo” se sustituyen por “legal” y “no legal”.

La criminología no puede estudiar si un hecho es legal o ilegal; tampoco si es bueno o es malo. Lo primero le corresponde al Derecho; lo segundo, a la moral. Si la criminología no puede definir por sí sola qué eventos son criminales y cuáles no lo son, entonces necesita que otro sistema de ideas se lo indique. ¿Esta necesidad significa que la criminología no es ciencia? A mí me parece irrelevante.

Lo que sí tiene trascendencia es definir adecuadamente el punto de referencia. Importa saber, no sólo qué conducta es la que se comete mayoritariamente en una sociedad, sino qué conductas son las que, mayoritariamente, los miembros de una sociedad desearían en abstracto que no se cometieran. Adoptar la perspectiva del dueño de la billetera puede servir para dilucidar esta cuestión.

En el lenguaje formal del Derecho, se habla de la “existencia” de delitos. Esta “creencia” ha traspasado los libros de doctrina legal y el lenguaje técnico con que los juicios penales se desarrollan, hasta compenetrarse en el lenguaje ordinario o vulgar. Los conversadores en un café, los medios de comunicación y, en general, todas las personas, hablan de la existencia de delitos. Sin embargo, el delito no existe.

Siguiendo a Nils Christie podemos recuperar esta verdad. El delito no tiene dimensión óptica. Es decir, no es un fenómeno natural. Así como el delito no cae de un árbol, como la manzana de Newton, las conductas existen con independencia de que el lenguaje formal del Derecho las refiera como delitos. Lo que existe en realidad son conductas indeseables.

En el Estado de Nuevo León, hasta hace unos años, el adulterio fue considerado delito; ahora sólo es causal de divorcio. El hecho de que los

legisladores hayan eliminado al adulterio de la lista de conductas amenazadas mediante una pena, no significa el fin de las infidelidades. Las relaciones extramaritales continuarán existiendo mientras haya matrimonios. Más aún: mientras en la cultura exista la monogamia. A esto me refiero cuando, siguiendo al profesor de Oslo, sostengo que el delito no existe.

Para la labor del criminólogo, es muy importante recuperar esta verdad. La palabra “delito” es un ropaje que encubre a la realidad. No haberlo advertido a tiempo ha implicado tener que pagar un costo. El concepto “delito”, originalmente jurídico, se ha convertido en una construcción social. La costumbre de llamar y considerar “delito” a cierta clase de conductas, sin reflexionar que tal denominación es un ropaje semántico, generó que la criminología etiológica no haya estudiado críticamente el fenómeno de la criminalización primaria.

Ahora tengo oportunidad de referir qué significa *criminalización primaria*. En el lenguaje formal de la criminología de la reacción social, se conoce con ese nombre a la acción y el efecto de que el legislador incorpore una conducta al listado de conductas que están prohibidas mediante la amenaza de pena. Expuesto en otros términos: al acto tipificador.

Si la criminología clínica se hubiera percatado a tiempo de que la decisión de tipificar conductas como delito no siempre obedece al “bien común”, o a lo que la mayoría de los habitantes de la sociedad desea en abstracto, desde su nacimiento como disciplina hubiera hecho suyo este objeto de estudio.

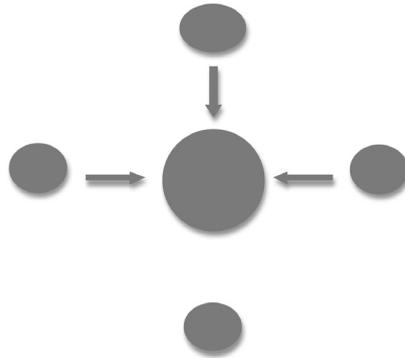
A la criminología debe corresponder no sólo el estudio de la conducta antisocial; también la reacción social que ésta provoca. Así llego al punto nodal de este capítulo. Arriba dije que la criminología *del paso al acto* considera a la conducta criminal como un *hecho*, mientras que la criminología crítica lo estudia como un *proceso*. Este proceso se conforma por la interacción compleja de factores sobre todo exosomáticos. Entre estos factores están los sociales, económicos, mediáticos y estatales.

Antes de explicar estos factores, debo precisar una diferencia epistemológica fundamental entre la criminología *del paso al acto* y la criminología de la *reacción social*. ¿Qué es, a todo esto, una posición epistemológica? Intentaré exponerlo con un ejemplo.

Imagínese un llano rodeado de montañas. Usted, lector, sube a la cima de una y yo a la de otra. Desde esas alturas, ambos vemos un objeto que está ubicado abajo, en el llano. Ese objeto es una casa. Por nuestra respectiva ubicación, Usted ve el frente de la casa; yo, en cambio, la parte posterior. Desde su “punto de vista”, Usted describe el objeto, diciendo que tiene dos ventanas rectangulares, una puerta de madera y un pórtico.

Yo veo otras características. Describo la casa diciendo que tiene una sola ventana en forma de cuadro, una puerta de hierro y un jardín. Con base en los datos empíricos que Usted obtuvo, no puede afirmar que la casa tiene jardín. Yo sí puedo. En cambio, no puedo concluir que la casa tenga pórtico. Mi información es limitada comparada con la de Usted y viceversa.

Mi interpretación final sobre el objeto estudiado será distinta a la que Usted realice. La razón es simple: vimos el objeto desde cumbres diferentes. En este símil, cada montaña es una posición epistemológica. La siguiente figura ayudará:

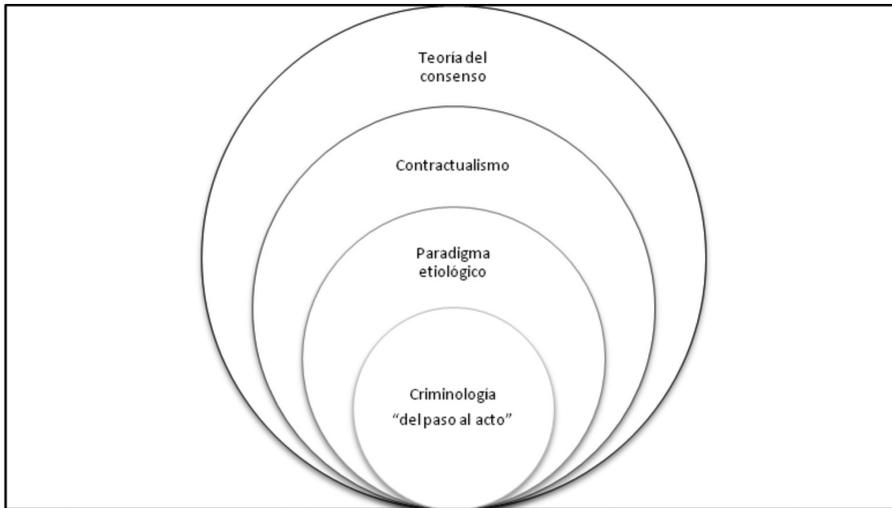


Espero haber aclarado el punto. Ahora sí explicaré las diferencias epistemológicas entre la criminología *del paso al acto* y la criminología de la *reacción social*.

La primera se basa en la *teoría del consenso*. Derivada del mito del *contrato social*, la teoría del consenso ve a la sociedad como un grupo de individuos que, gracias a negociaciones donde todos tuvieron voz y voto (como iguales) definieron las reglas del juego para convivir con paz y disputar los bienes disponibles en igualdad de circunstancias (competencia leal).

Fijadas las pautas de comportamiento, la mayoría adapta su comportamiento a éstas. No podía ser de otra manera, si todos, por igual, participaron en el diseño del contrato. En efecto, sería ilógico que alguien violara una norma a cuya redacción él mismo contribuyó.

¡Sólo un enfermo podría violar el pacto social! O, desde otro ángulo: que una persona violente el pacto es tan absurdo que su conducta sólo puede interpretarse como síntoma de la enfermedad llamada *criminalidad*. Teniendo a la teoría del consenso como suelo firme, la criminología etiológica edificó su saber científico.



Denominación	Función dentro del Sistema
Consensualismo	Ideología
Contractualismo	Teoría de Base
Paradigma Etiológico	Posición Epistemológica
Criminología del "Paso al Acto"	Legitimación de la Violencia Estatal

En la sociología, la teoría del consenso fue un paradigma (un sistema de ideas dominante) que se quebró. La realidad conflictiva lo desmintió. La sociedad está lejos de ser un conjunto armonioso de individuos. Consiste, más

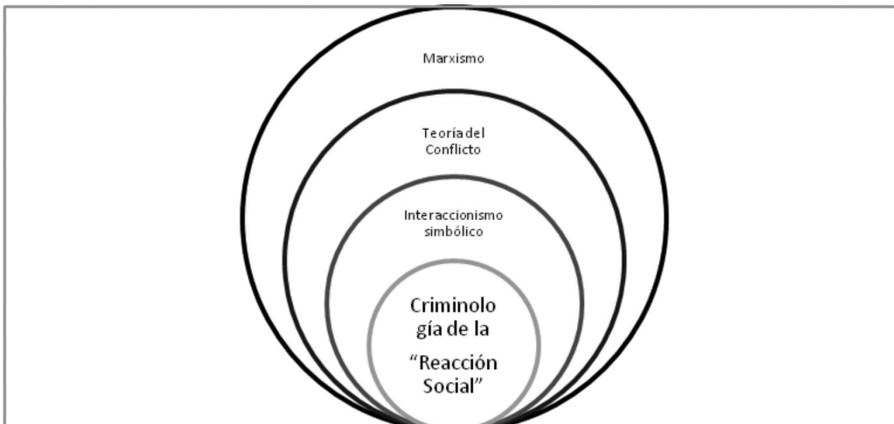
bien, en un sistema de conflictos que es necesario encauzar y resolver con base en ciertas reglas del juego, diseñadas precisamente a partir del reconocimiento de que el choque constante de intereses significa su característica esencial.

Resultando falsa la teoría del consenso y quedando ésta en desuso, el edificio de la criminología etiológica (construido sobre suelo movedizo) se cimbró. No cayó a tierra, pero sus bases científicas quedaron agrietadas.

En medio de este cambio epistemológico, es decir, del tránsito de la teoría del consenso hacia la teoría del conflicto, al interior de la criminología ya había disidencias. A muchos criminólogos ya no les convencía la perspectiva etiológica. Basados en la idea del conflicto, ellos cambiaron de objeto de estudio. A este movimiento, sucedido dentro del saber criminológico, se le denominó *La Gran Negación*.

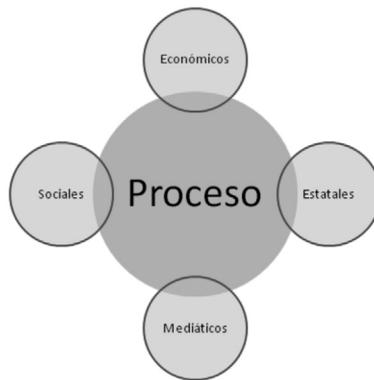
La negación consistió en invertir el sentido de la máxima fundamental de la criminología etiológica: “La desviación produce reacción social”. Para quedar como sigue: “La reacción social produce desviación”. Y si la reacción social produce desviación, en el sentido de ser factor criminógeno (*y a veces crimen de lege ferenda*) entonces la reacción social se debía convertir en objeto de estudio de la criminología que se encontraba en formación.

Esta “Revolución Coperanicana” de la criminología, como le llaman algunos, se desarrolló dentro de un sistema de ideas que luciría así:



Denominación	Función dentro del Sistema
Conflictivismo	Ideología
Marxismo	Teoría de base
Interaccionismo Simbólico	Posición epistemológica
Criminología de la “Reacción Social”	Deslegitimación de la Violencia Estatal

Ahora sí, considero pertinente explicar lo que yo comprendo por *factores criminógenos exosomáticos*. Según lo expuse líneas arriba, aquellos son:



Por *factores económicos* me refiero al modelo económico adoptado por un Estado, gracias al cual pueden explicarse las reglas bajo las cuales los miembros de una sociedad definen: (1) su ética frente “al otro”; (2) la idea de *éxito*; (3) los caminos institucionales (permitidos) para llegar al éxito; (4) la regulación de la lucha de los estratos sociales; (5) la asignación de roles sociales determinados; (6) la forma como habrá de administrarse la riqueza disponible en términos de dinero, materias primas, etc.; y (7) las bases para una política criminal coherente con la política económica misma (conservación de las ventajas, división de las clases bajas, protección de los monopolios, etc.).

Al hablar de *factores estatales* me concentro en la *reacción social*. En el lenguaje de la penología,<sup>(5)</sup> se conoce con este término a las políticas, estrategias,

<sup>(5)</sup> Disciplina que estudia la reacción social formal e informal frente a la conducta desviada negativamente. Sobre este tema, recomiendo dos obras de fácil acceso: (1) L. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Penología*. 4ª edición. Editorial Porrúa. México. 2004; y (2) J.M. RAMÍREZ DELGADO, *Penología. Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad*, 3ª edición, México City, 2000.

acciones y programas que el Estado pone en marcha para hacer frente al fenómeno criminal, sobre todo a través de la producción legislativa (creación de normas legales). Por excelencia, la reacción social se realiza a través de la *criminalización primaria* y la *criminalización secundaria*.

Para la criminología crítica, en cambio, el objeto de la reacción social es en realidad la conservación de un *statu quo* que permita la dominación de una clase sobre las otras.

Por *factores mediáticos* me refiero a la reproducción consciente o inconsciente de los factores económico y estatal, a través de mensajes que legitiman las reglas del juego definidas por el modelo económico y la reacción social.

Cuando hablo de *factores sociales* estoy pensando en la *cultura*; en ese complejo entramado de normas morales que se han creado con la costumbre y el paso del tiempo con el propósito y el efecto de regular las relaciones de los miembros de una colectividad. Las costumbres se conforman con la interacción entre las personas. Pero, contrario a lo que pudiera sugerir la teoría del consenso, esa interacción no siempre se realiza en un plano de igualdad. Hay actores que intervienen con los propósitos de imponer ideologías, a manera de adoctrinamiento, y de modificar las preexistentes.

Bajo esta categoría ubico también las estructuras del pensamiento, los simbolismos y prejuicios que comparte el grupo. Por ejemplo, el trabajo a destajo (ganar dinero según lo producido, y no por horas de trabajo) significa para un anglosajón la oportunidad de ganar más dinero. Para un latinoamericano, representa la oportunidad de trabajar lo necesario, por ejemplo, de lunes a jueves, para descansar el resto de la semana. A esto le llamo *estructura de pensamiento*. Quizá el término no sea el mejor, pero aquí me sirve para aclarar el punto.

Por *simbolismos* me refiero a imágenes que encapsulan parte de la cultura de un pueblo. En el caso mexicano, la Virgen de Guadalupe, Madre intercesora que le conseguirá al mexicano el perdón de sus pecados con tal que se arrepientan a tiempo; la Catrina, caricatura y alebrije con la que el mexicano le expresa a la muerte su irreverencia, etc.

La Madre que intercede quizá es el reflejo del amor destructivo del mexicano a la madre biológica; tema del que ya otros autores más autorizados

han hablado. El desdén a la muerte y su significado, en términos de desenfado por la vida edificante.

El factor económico es el que define cuál es la ética de un pueblo, a partir del utilitarismo. Los valores se reordenan en una escala jerárquica según su utilidad para la clase dominante, y no de acuerdo a su importancia *per se*. Qué conductas serán consideradas “buenas” y cuáles “malas”. Detrás del ropaje semántico “bueno”, “malo” se esconden intereses de dominación. La clase en el poder desea perpetuarse en esa posición de privilegio. Para lograrlo debe mantener a la plebe a raya, como diría Noam Chomsky.<sup>(6)</sup>

La violencia contra el estrato social bajo debe ejercerse desde la estructura. La violencia es estructural en la medida en que proviene del diseño del modelo económico. Ese diseño garantiza a los ricos su riqueza y a los pobres su pobreza. Pero no importa, la pobreza es la exaltación del espíritu: los sufrimientos terrenales garantizan los placeres celestiales. Para trasladar esa violencia hacia sus formas menos evidentes; vale decir: para poder administrarla, es necesario modificar la cultura.

La cultura se modifica de tal suerte que las personas creen que las reglas del juego son justas, en el sentido de que procuran igualdad. Este engaño se produce a través de lo que yo llamo *agencias de legitimación*. Se encargan de legitimar el *statu quo*. Estas agencias de legitimación reproducen el *statu quo*,

**CADA INDIVIDUO TIENE  
SU PERSONAL FORMA DE  
INTERPRETAR EL MUNDO;  
PERO ESA INTERPRETACIÓN  
LA REALIZA SIEMPRE  
DENTRO UN ESQUEMA  
DE PENSAMIENTO  
SOCIALMENTE CONSTRUIDO**

que consiste en la acumulación del capital. El dinero es un fin *per se*. El dinero debe producir más dinero. ¿Para qué? Para tener más dinero. El objetivo es tener más dinero, acumularlo, invertirlo para multiplicarlo y guardarlo para conservarlo. Tales agencias mantienen vigente el *principio de San Mateo*. Se conoce con ese nombre al círculo vicioso del capitalismo, que consiste en que los ricos sean más ricos y los pobres sean más pobres. Así lo dice Jesús: “...

<sup>(6)</sup> Véase: N. CHOMSKY, *Cómo Mantener a Raya a la Plebe*. Entrevistas por: BARSAMIAN, David. Trad. VERICAT Núñez, Isabel. 2ª ed., México City, 2002, pp. 132-133.

Pues al que tiene, se le dará más, y tendrá bastante; pero al que no tiene, hasta lo poco que tiene se le quitará”.<sup>(7)</sup> Entre éstas destaco a los *mass media*, como reproductores del discurso oficial. Llegan a la gente hasta introducir en la cultura la verdad aparente (el consenso de legitimidad).

El empresario es un benefactor que da empleo. El enemigo es de clase baja. El dueño del capital no roba a sus asalariados; el ladrón es un joven tatuado de clase baja y tez morena. Hay mucha delincuencia. La ciudadanía ya no puede estar segura, de no ser por la intervención heroica del Estado. La autoridad debe responder con más policías, patrullas, armamento, penas y cárceles. Si todo esto no funciona, siempre estará el abnegado Ejército. ¡Los muchachos nos salvarán!

La ciudadanía “compra” este producto mediático y exige al Estado reaccionar contra la ola de criminalidad. El Estado, obediente al principio *vox populi vox Dei* (La voz del pueblo es la voz de Dios), actúa en consecuencia. La solución a la violencia es la violencia. ¿Y dónde quedó la consideración de la violencia estructural? Se perdió de vista.

Lo importante es más criminalización primaria y más criminalización secundaria. La ciudadanía, inmersa en la sensación de inseguridad que le producen los *mass media* y creyendo que sin la protección del Estado no sobrevivirá, seguirá pidiendo más violencia. La fórmula es sencilla pero efectiva: el miedo produce violencia. Si se genera miedo, se legitimará el incremento de la violencia.

Así, la reacción social, como violencia que es, en vez de legitimarse mediante el respeto de principios ético-jurídicos tendientes a minimizarla, se legitima con el principio *vox Dei*. Esta ruta de acción no garantiza más seguridad en el sentido de menos crímenes, sino más división de la clase baja, mediante la criminalización secundaria, así como la conservación del *statu quo*. Es de esta manera como funcionan las *agencias de legitimación* y se dirige el *sistema punitivo*.

Nils Christie descubre, en el sentido de “des-cubrir” o “remover el velo”, la realidad para decir que el delito no existe. Lo existente son las conductas

---

<sup>(7)</sup> San Mateo, 13, 12.

indeseables. Pienso que, en sentido semejante, es necesario descubrir que la reacción social es violencia. Un incremento en el número de policías es percibido por la ciudadanía como más seguridad; sin embargo, representa en realidad más control sobre las libertades.

La construcción de más cárceles es interpretada por los habitantes de una ciudad como una inversión para mejorar la seguridad en las calles; pero significa que habrá más espacios disponibles en prisión para “sacar de circulación” a personas que hoy están libres. Igualmente, una reforma a la ley penal que prevea más castigos, puede ser aplaudida por las personas que han sido mimetizadas por el discurso de las agencias de legitimación; no obstante, representa menos derechos.

La violencia no deja de ser violencia porque se “legalice”, o dependiendo de quién la ejerza. Sea el Estado, sea el ciudadano, la violencia es, también, una conducta indeseable. A la reacción social, considerada como violencia, la podemos referir ahora como *violencia estatal*. Recuperando esta realidad, se rescata también una pregunta que había sido sumergida en el fondo de todos los mares, gracias al discurso legitimante. Esa interrogante dice: ¿cuánta reacción social es permisible? Christie se pregunta: “¿Cuál es una sensata cantidad de delito”; yo agrego: “Cuál es una cantidad sensata de violencia estatal”.

Thomas Mathiesen reflexiona que la televisión ha contribuido lo suficiente, en el mundo occidental, para la escalada del encarcelamiento. O sea, para el aumento en el uso de la prisión. Dice que la televisión, con su publicidad, corroe las defensas culturales (los valores) que se podrían oponer a la escalada del encarcelamiento.

Sostiene también que anteriormente, La política criminal estaba más o menos controlada por reflexiones teóricas, filosóficas y aún científicas. En cambio, hoy es gobernada mucho más por la clase denoticias “preocupación” (nota roja) que son “vendibles” en televisión y por la opinión comercial difundida en los medios de comunicación.

Anota también un cambio en la naturaleza del debate público acerca de la política criminal. Antes el debate filosófico permitía la racionalidad comunicativa, es decir, poner un énfasis en la veracidad, importancia y sinceridad de la argumentación. Era posible discutir con honestidad y esperar cierta aten-

ción por parte de los tomadores de decisiones. Pero hoy día, la racionalidad comunicativa vive su vida en las esquinas aisladas de las revistas científicas y en reuniones académicas. Mientras tanto, el debate público está inundado de iniciativas políticas oportunistas en el contexto de una parodia televisiva que muestra *shows* de entretenimiento denominados “debates”. De esta manera, la racionalidad comunicativa degenera en racionalidad del mercado.<sup>(8)</sup>

Vistas las cosas desde esta perspectiva, vuelvo a pensar en lo que sucedió aquel día que presencié el asalto en una tienda de autoservicio. Los policías arrestaron a dos personas que coincidían con el estereotipo de criminal, que sin embargo no tenían responsabilidad alguna. Quizá durante el patrullaje que hicieron para detener a los sospechosos, los oficiales sí coincidieron en tiempo y espacio con los verdaderos asaltantes, pero no los detectaron.

Esto es explicable. Pienso en algo similar que me sucedió. Terminé mi clase de criminología y salí del salón, olvidando mi libro sobre el escritorio. Cuando me percaté de este descuido regresé al aula, donde ya sólo había a un alumno. Él me informó que una de sus compañeras tomó mi libro, para guardármelo. Pero como yo necesitaba leer unas notas, decidí no esperar hasta el día siguiente, así que la busqué por los corredores.

En la escuela donde trabajo, la población estudiantil es muy grande. Vi a jóvenes por todas partes. Como eran tantos, me concentré en las mujeres. Esta selección me impidió ver que uno de los varones tenía mi libro en sus manos, pues la alumna que yo buscaba se lo dio a cuidar para ella poder ingresar a la biblioteca.

Yo elegí descartar a los varones con base en la información que recibí del alumno que encontré en el salón. Los policías decidieron descartar a los de clase media con base en la información que recibieron del imaginario colectivo, conformado por los medios de comunicación y la forma como operan tanto las agencias de legitimación como las agencias que conforman el sistema punitivo.

Este fenómeno encuentra su explicación en la teoría del *interaccionismo*

---

<sup>(8)</sup> Véase: T. MATHIESEN, *Television, Public Space and Prison Population. A commentary on Mauer and Simon*. En la obra colectiva: GARLAND, DAVID (Editor). *Mass Imprisonment*. Obra citada. pp. 31-32.

*simbólico.* Tal sistema de ideas concibe la conducta desviada como un proceso complejo. Sostiene, entre otras cosas, que al sujeto que responde a un estereotipo cultural de criminal se le coloca una etiqueta. Es tratado como criminal porque luce como criminal. Se le arresta por resultar sospechoso. Lo ingresan a prisión y luego tal vez salga de ésta. El patrón se repite, hasta que el etiquetado termina asimilando la categorización de desviado, asumiendo la conducta desviada como propia. Así es como resulta verdadera la frase: “La reacción social produce desviación”.

A mis alumnos explico este proceso con el *ejemplo del semáforo simbólico*:

Imaginen que conducen su vehículo por una avenida transitada, hasta detener la marcha en un cruce con semáforo en luz roja. A la izquierda de ustedes hace alto total otro vehículo, de modelo antiguo, descapotado, en precarias condiciones. Miran al conductor. Ven a un joven de tez morena y barba prominente que viste camisa de tirantes. En el brazo tiene varios tatuajes. Escuchan la música *salsa* que, en alto volumen, sintoniza en la radio. Esta persona los voltea a ver. Ustedes cortan el contacto visual y, en automático, suben el cristal de su ventana. ¿Qué ven en este semejante? Ellos siempre responden: “Un criminal”.

Ahora miran hacia el lado derecho, donde otro conductor espera la luz verde. A bordo de un coche lujoso, último modelo, está otra persona, de tez blanca, que viste traje y corbata. Escucha música clásica. Él no los observa, pues está atendiendo una llamada a través de su portátil. ¿Qué ven en este semejante?”. Ellos siempre contestan: “Un hombre exitoso”.

Bueno, pues les tengo una noticia. El hombre del lado izquierdo es un trabajador de turnos. Es pobre, pero vive de su trabajo. En cambio, el de la derecha es un defraudador fiscal que además comete crímenes contra el medio ambiente por medio de su sociedad anónima, sin responsabilidad penal alguna. Se dedica a la industria de refrescos embotellados. Constantemente contamina los mantos acuíferos (aun cuando, según el discurso formal, son de todos los mexicanos) que explota gracias a una concesión del gobierno. El mes pasado cerró una de sus plantas de producción, lanzando al desempleo a mil personas, porque le resulta más rentable abrirla en otro país, donde puede pagar sueldos todavía más bajos que los que cubría aquí.

Ahora que Ustedes tienen más información de estas dos personas, más allá de su sola apariencia física, pueden decirme ¿quién es el criminal? Mis alumnos reflexionan y luego ríen sorprendidos. Algunas veces, uno o dos de ellos exclaman: “¡Las apariencias engañan!”. Yo corrijo: Las agencias engañan. Sobre ese engaño construimos todas nuestras relaciones sociales.

ANTONIO PALAZZO\*

## CITTADINANZA, AMBIENTE E COSTITUZIONE DEI BENI COMUNI <sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dell'idea di *status* di cittadinanza. — 2. Il pensiero kantiano e quello marxista sull'unità di *status* cosmopolita. — 3. Capacità e *status* dalla geopolitica alla politica della biosfera. — 4. Le Convenzioni internazionali sullo *status* di cittadinanza e la tutela dell'ambiente. — 5. Il progetto Rodotà sui beni comuni. — 6. Ambiente e beni comuni. — 7. L'accesso all'ambiente come accesso ai beni comuni. — 8. Il riconoscimento dei diritti economici per l'attuazione dei diritti politici. — 9. La tutela dei diritti economici ed il ruolo del Comitato dei diritti dell'Uomo. — 10. Il diritto alla correttezza del mercato economico e finanziario.

### 1. — *L'evoluzione dell'idea di status di cittadinanza.*

Tra le figure storiche di *status* della persona quella che si presenta sempre più in evoluzione è la cittadinanza. Il nucleo dell'idea generale di *status* si ritrova nel periodo rinascimentale del diritto civile quando Donello e Duareno nel commento al *De statu hominum* del titolo V, libro I del *Digesto* guardano al suo contenuto costituito dai diritti e dai doveri dell'individuo <sup>(2)</sup>. Ma era ancora, in quel momento storico, la condizione sociale della persona, e cioè la sua classe di appartenenza, il criterio giuridico per la loro determinazione.

---

\* Università degli Studi di Perugia.

<sup>(1)</sup> Relazione tenuta il 27 giugno 2012 nel Centro studi sulle radici culturali ebraico-cristiane della civiltà europea, a conclusione dell'incontro di studio su *L'idea di status* nel XXI secolo.

<sup>(2)</sup> F. DUARENUS, *Opera omnia*, tomus I, Francofurti, 1592, in Tit. V, lib. I Pand., p. 10; H. DONNELLUS, *Opera omnia. Commentarium de iure civili*, tomus I, Lucae, 1762, lib. II, cap. IX, pp. 231-232. Citazioni che abbiamo trovato nella monumentale opera di P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza europea*, vol. 1, *Dalla civiltà comunale al settecento*, Roma-Bari, 1999, p. 597.

Questa considerazione verticale cesserà con la Rivoluzione francese e l'affermazione del principio di eguaglianza, secondo cui tutti sono ammessi al godimento dei diritti civili. L'art. 7 del *Code civil* esprimerà pertanto la regola che tutti gli uomini, in quanto tali, hanno il potere di esercitare su di sé e sui propri beni i diritti di negoziare, testare, rendere testimonianza ecc. Cade la discriminazione tra liberi e servi, tra nobili e plebei, tra ricchi e poveri, e quindi cessano immunità e privilegi che distinguendo i soggetti comportavano le discriminazioni.

I contenuti del *Code civil* erano stati preparati dalla idea degli illuministi francesi secondo cui l'ordine è dettato dalla natura cui l'uomo si deve uniformare, e nella discussione sul progetto di Codice il Portalis disse che l'autorità onesta della natura dev'essere congiunta con il potere perché le leggi naturali siano fatte rispettare e siano applicate in modo ragionevole e non seguendo il semplice istinto<sup>(3)</sup>.

Deriva che la persona in quanto frammento della natura ma anche in quanto membro della società contiene il crisma della legge che regola la capacità della persona<sup>(4)</sup>.

## 2. — *Il pensiero kantiano e quello marxista sull'unità di status cosmopolita.*

Il godimento dei diritti civili è esteso dal *Code civil* anche ai non francesi come ai francesi nati all'estero, ai nati in Francia da uno straniero che abbiano compiuto la maggiore età, alla donna che ha sposato un francese, ai figli di francesi nati all'estero i cui padri hanno perduto la cittadinanza francese.

È l'avvio vero una considerazione allargata dello *status* di cittadinanza che tuttavia non riserva lo stesso trattamento allo straniero. Il consigliere di

<sup>(3)</sup> J.E.M. PORTALIS, *Code civil des français suivi de l'exposé des motifs*, Paris, 1804, anno XII, p. 3.

<sup>(4)</sup> J.E.M. PORTALIS, op. cit., p. 14. V., a proposito del nesso tra *status* e capacità della persona, S. STEFANELLI, *Atti dello stato civile*, artt. 449-455, nel *Commentario al codice civile* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, sub art. 449, Padova, in corso di stampa.

Stato Treilhard distingue tra lo straniero che ha scelto di vivere in Francia, e merita quindi maggiore considerazione, dallo straniero che vi soggiorna solo temporaneamente, soggetto al principio di reciprocità<sup>(5)</sup>.

Ma è Kant che avvia il discorso verso lo *status* della persona quale soggetto cosmopolita. Egli introduce l'idea di un' «associazione perpetua pacifica» quale principio giuridico da realizzarsi attraverso una federazione di stati. Secondo tale principio tutti gli abitanti della terra «stanno originariamente in una comunità del suolo», in una «comunità di commercio», «in un perpetuo rapporto di ognuno con tutti gli altri»<sup>(6)</sup>.

Derivano due conseguenze: un «diritto di visita, spettante a tutti gli uomini» che significa in concreto il diritto di ogni straniero a non essere trattato ostilmente al suo arrivo nel territorio di un altro stato; ed il rifiuto delle imprese coloniali<sup>(7)</sup>.

Anche in Marx il richiamo all'unità mondiale dei lavoratori e l'idea di dittatura di classe, solo come punto di passaggio per l'«abolizione delle differenze di classe in generale» segnano l'esigenza dell'unità di *status* cosmopolita<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Il commento più illuminante a questa distinzione è di G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, p. 97.

<sup>(6)</sup> I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici e di filosofia della storia del diritto*, Torino, 1956, p. 543.

<sup>(7)</sup> I. KANT, *ibidem*. La visione statualista della persona come suddito che faceva ipotizzare alla dottrina tedesca dell'ottocento addirittura un rapporto di accessione tra gli individui e lo Stato, viene definita da S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p. 159 ss., quale «atteggiamento qualificabile come principio di sinergia scientifica» perché, viceversa, «la protezione dei cittadini all'estero, anziché rafforzare la tesi del diritto reale dello Stato sui sudditi, si pone in netta contraddizione con essa, in quanto mira a tutelare un interesse immediato del suddito e soltanto un interesse mediato dello Stato; e proprio rispetto all'interesse immediato il suddito appare come persona (o soggetto) e non come cosa (o oggetto)».

<sup>(8)</sup> K. MARX, *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*, in *Opere*, vol. X, Roma, 1977, p. 126; v. al riguardo B. DE SOUSA SANTOS, *Democratizing Democracy. Beyond the Liberal Democratic Canon*, London, 2005, p.11.

### 3. — *Capacità e status dalla geopolitica alla politica della biosfera.*

Il momento storico che viviamo ci offre un punto di osservazione per approfondire il binomio capacità della persona e *status* di cittadinanza. Ci riferiamo all'interesse che tutti i cittadini del mondo hanno per i beni comuni quali l'aria, l'acqua, gli alimenti, la sanità, la scuola, il lavoro.

Questi interessi della persona non possono essere limitati alla soddisfazione solo da parte dello Stato di appartenenza, in cui sono titolari della cittadinanza segnata dallo *ius soli* o dallo *ius sanguinis*, ma devono essere tutelati anche per il semplice soggiorno in un dato territorio ove dovessero mancare della soddisfazione del bisogno di quei beni.

Gli studiosi delle interrelazioni tra *status* e capacità hanno da tempo dimostrato come esse siano ormai oggetto di regole internazionali convenzionali<sup>(9)</sup>.

E si è pensato pure che l'era internazionale trasformerà le relazioni internazionali, che passeranno «dalla geopolitica alla politica della biosfera»<sup>(10)</sup>.

Si è considerata poi la fascia della biosfera come «lo spazio compreso tra i fondali oceanici e la stratosfera al cui interno le creature viventi ed i processi geochimici del nostro pianeta interagiscono, rendendo possibile la vita sulla terra»<sup>(11)</sup>.

### 4. — *Le Convenzioni internazionali sullo status di cittadinanza e la tutela dell'ambiente.*

Le interrelazioni tra capacità di movimento e *status* di cittadinanza sono già state dettate dalle norme degli artt. 13 e 15 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del

<sup>(9)</sup> G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 194; F. POCAR, *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989, p. 36; E. BALIBAR, *La proposition de l'egaliberté*, Paris, 2010, p. 21.

<sup>(10)</sup> J. RIFKIN, *La terza rivoluzione industriale. Come il «potere laterale» sta trasformando l'energia, l'economia e il mondo*, Milano, 2011, p. 216 ss.

<sup>(11)</sup> J. RIFKIN, *ibidem*.

10 dicembre 1948, perché con la prima «ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio, e di ritornare nel proprio paese», e con l'altra «nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato del diritto di mutare cittadinanza».

Segue il *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* adottato a New York il 16 dicembre 1968, ove per l'art. 12, primo comma, «ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio», e per l'art. 13 «uno straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato non può essere espulso».

A questa libertà di scelta dello *status* di una determinata cittadinanza è correlata pertanto una libertà di revoca di quella scelta che può essere dettata non solo perché la persona si salvi da persecuzioni politiche (art. 14), per trovare «un lavoro liberamente scelto ed accettato» (art. 16 del *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociale e culturali* adottato a New York il 6 dicembre 1968), ma anche per ragioni di tutela della propria salute che richiedono capacità sia umane che ambientali per la sua cura. Ed a questo punto vengono in considerazione le norme sulla protezione dell'ambiente, sui cambiamenti climatici e sull'inquinamento.

Il Patto prevede l'istituzione di «un Comitato dei diritti dell'uomo» che «si compone di diciotto membri» (art. 28, primo comma), che sono cittadini degli Stati parte del Patto (uno per ogni Stato), «i quali debbono essere persone di alta levatura morale e di riconosciuta competenza nel campo dei diritti dell'uomo. Sarà tenuto conto dell'opportunità che facciano parte del Comitato alcune persone aventi esperienza giuridica» (art. 28, secondo comma).

Non è irrilevante che le competenze e le procedure per la tutela dei diritti saranno trattate con più completezza nel Patto del 2008 relativo al *Protocollo dei diritti economici* di cui ci occuperemo più avanti<sup>(12)</sup>.

La *Dichiarazione sull'ambiente umano* del 16 giugno 1972, dopo aver disposto all'art. 1 che «l'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere

---

<sup>(12)</sup> Cfr. *infra* § 8.

nella disponibilità e nel benessere ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future», all'art. 2 ne specifica i contenuti affermando che «le risorse naturali della Terra, ivi incluse l'aria, l'acqua, la flora, la fauna e particolarmente il sistema ecologico naturale devono essere salvaguardate a beneficio delle generazioni presenti e future, mediante una programmazione accurata o una appropriata amministrazione».

Le due norme sembrano segnare le interrelazioni tra la capacità di vita che dev'essere assicurata ad ogni persona ed i beni strumentali per una vita degna dell'uomo.

L'indicazione dei beni comuni è già affermata concretamente in queste disposizioni che preludono ad una prima indicazione delle tutele con l'art. 10 della *Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo* del 14 giugno 1992, secondo cui «il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessanti ai diversi livelli» specificando che «sarà assicurato un accesso effettivo ai procedimenti giudiziari ed amministrativi, compresi i mezzi di ricorso e di indennizzo».

L'ulteriore definizione di questo sistema normativo è segnata dalla *Convenzione* (di Aarhus) *sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale* del 25 giugno 1998<sup>(13)</sup>. Questa Convenzione apre la via ad un sistema di tutele che va dall'obbligo di informazione dell'autorità al pubblico (art. 1-31), che ne ha da parte sua il diritto di accesso «per giustizia ambientale» (art. 4) e addirittura all'assegnazione dell'azione inibitoria agli interessati per evitare preventivamente il danno ambientale (art. 5)<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Si veda per un'analisi nella dottrina internazionale S. WATES, *The Aarhus convention: a driving force for environmental democracy*, in *Journal for European Environmental and Planning Law*, 2005, 2, 1, p. 1 ss; S. KRAVCHENKO, *The Aarhus convention and innovations in compliance with multilateral environmental law and Policy*, in *Colorado journal of International Environmental Law and Policy*, 2007, 18, 1, p. 1ss 50. G. AARTI, *Transparency under scrutiny: Information disclosure in Global Environmental Governance*, in *Global Environmental Politics*, 2008, 2, p.1 ss; M. MASON, *Information disclosure and environmental rights: The Aarhus Convention*, in *Global Environmental Politics*, 2010, 3, p. 10 ss.

<sup>(14)</sup> Per un'analisi degli effetti della Convenzione Aarhus nell'ordinamento giuridico europeo, si veda V. RODENHOFF, *The Aarhus convention and its implications for the "Institutions" of*

5. — *Il progetto Rodotà sui beni comuni.*

La proposta della Commissione Rodotà in materia di beni comuni riguarda una modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del codice civile.

Articola in cinque tra principi e criteri direttivi generali, dalla revisione dell'art. 810 c.c., alla distinzione dei beni in *comuni*, *pubblici* e *privati*; dalla previsione della categoria dei beni comuni «ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona» indicando quali beni comuni «i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserve ambientali; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate»; alla sostituzione del regime della demanialità e della patrimonialità attraverso l'introduzione di una classificazione di beni pubblici appartenenti a persone pubbliche, fondata sulla loro natura e sulla loro funzione in attuazione della norme costituzionali di cui all'art 1.2., articolata in beni ad appartenenza pubblica necessaria, beni pubblici sociali e beni pubblici fruttiferi. Ed infine una «definizione di parametri per la gestione e la valorizzazione di ogni tipo di bene pubblico»<sup>(15)</sup>.

---

*the European Community*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2003, 11, 3, p. 343 ss.; D. R., BELL, *Europe, globalization and sustainable development*, New York, 2004; E. MARGERA, *An Update on the Aarhus Convention and its continued global relevance*, in *Review of European Community and International Law*, 2005, 14, 2, p. 138 ss.

<sup>(15)</sup> Il testo della *Proposta di articolato* e la *Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega* si trovano in *Appendice* del volume *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, con introduzione di M.R. MARELLA e postfazione di S. RODOTÀ, Verona, 2012, p. 161 ss. Un manifesto sui beni comuni era stato lanciato nel 2011 da U. MATTEI, *Beni comuni*, Roma-Bari, 2011. La via delle diverse tipologie proprietarie era stata aperta da S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, spec. p. 47 ss. Ed è stata ripresa con un approccio diverso da S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, spec. p. 175 ss. Più recente e pregevole per lo studio dei problemi connessi ai beni comuni la ricerca di A.M. GAMBINO, *Beni extra mercato*, Milano, 2004, p. 201 ss.

6. — *Ambiente e beni comuni.*

La lettura di questo programma normativo, compiuta dopo quella dell'Ordinamento sovranazionale in tema di tutela dell'*Ambiente*, conduce al ritrovamento di profili analoghi sia in tema di criteri per la individuazione di *bene comune* che della sua tutela, ma identici ne sono i contenuti, dall'aria all'acqua, ai beni culturali ecc.

Le diverse categorie di *beni comuni* sono previste pertanto già da un sistema normativo sovranazionale attraverso l'idea di *Ambiente*.

La riforma del terzo libro del codice civile proposta dalla Commissione Rodotà se introdotta nell'Ordinamento nazionale, sarà utile per individuare con i suoi criteri distintivi quei beni oggetto di diritti reali a rilevanza economico sociale esistenti all'interno del territorio della Repubblica Italiana che hanno i caratteri di *Bene comune*. Ad esempio le acque che potranno essere scelte quale bene comune tra quelle, già qualificate pubbliche o private perché criteri sicuri di utilità economico sociale le qualificano un *Bene comune* in quanto *Bene ambientale*.

Definizione, natura giuridica e tutela di *Bene comune* avranno pertanto quale fonte di rango costituzionale l'Ordinamento costituito dalle Convenzioni internazionali in materia ambientale che si combina con quella costituzionale italiana fondata sull'art. 43 che, esprimendo l'idea di partecipazione, supera la distinzione dell'art. 42 tra proprietà pubblica e proprietà privata, spiegando all'interprete che si può accedere ad un bene senza esserne proprietario.

Il diritto alla tutela dell'ambiente esprime soprattutto la terza componente tra quelle del contenuto del diritto alla salute del cittadino (art. 32 Cost.), perché è lo strumento essenziale per il raggiungimento sia della salute fisica che della salute psichica; ed i beni comuni sono i contenuti essenziali di quell'ambiente in cui la persona vive e dove ha diritto alla tutela della sua salute.

Ed è attraverso l'idea di ambiente che pure è possibile comprendere quella di beni comuni come categoria aperta al godimento dei cittadini quali ad esempio l'accesso ad internet, ai farmaci di cui abbisognano e/o si trovano per vivere in un determinato ambiente.

L'ordinamento giuridico nazionale e sovranazionale dovrebbe pertanto

rimuovere quegli ostacoli che rendono difficile ed a volte impossibile l'accesso ai beni comuni per realizzare i principi di giustizia sociale e solidarietà. Ed è attraverso questi temi che giunge dagli Stati Uniti un'ultima ricerca in tema di capacità, ove, seguendo la via aperta dall'economista Amartya Sen<sup>(16)</sup> in tema di giustizia sociale, si lancia l'idea che un buon ordinamento politico debba garantire a tutti almeno dieci capacità centrali a partire da quelle veramente di base: 1) non morire prematuramente, 2) essere in buona salute, 3) avere garantita l'integrità fisica, su su fino ad aspetti più elevati e complessi come 4) «poter usare i propri sensi, poter immaginare, pensare e ragionare, avendo possibilità di farlo in modo “veramente umano”, ossia in un modo informato e coltivato da un'istruzione adeguata, comprendente alfabetizzazione, matematica elementare e formazione scientifica, ma nient'affatto limitata a questo». E poi 5) «non vedere il proprio sviluppo emotivo distrutto da ansia e paure», e 6) essere in grado di formarsi una propria concezione di ciò che è bene, 7) di sviluppare varie forme di appartenenza sociale e anche 8) di prendersi cura delle altre specie animali. E poi ancora 9) giocare e 10) controllare il proprio ambiente politico e materiale.

Questo quadro delle capacità presuppone la considerazione di «ogni persona come un *fine*, chiedendosi non tanto quale sia il benessere totale o medio, bensì quali siano le opportunità disponibili per ciascuno»<sup>(17)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> A. SEN, *The idea of justice*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2009.

<sup>(17)</sup> M.C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The human development Approach*, London, 2001, trad. it. di R. FELCIONI, *Capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, Bologna, 2012, p. 122 ss. L'idea non è nuova perché già nel 1789 JEREMY BENTHAM con la *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (a cura di E. LECALDANO, in *Classici della filosofia* dir. da N. Abbagnano, Torino, 1998, p. 122 s.) aveva proposto un'algebra morale universale capace di quantificare il piacere e il dolore per ottimizzare i nuovi comportamenti. E già prima VOLTAIRE nell'*Elogio del mondano* scriveva: «Dio mi ha detto: sii felice». Siamo nel tempo della Costituzione Americana del 1776 ove sono considerati diritti inalienabili dell'uomo: la vita, la libertà e la felicità. E vi è un'altra frase in SAINT JUST: «la felicità è un'idea nuova in Europa». E ancora «non tollerate che ci sia nello Stato un solo povero e infelice». È l'idea di «felicità comune» che si legge nel primo articolo della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino del 1793. Dice MAURIZIO FERRARIS, *Felicità. La nuova ideologia*, in *La Repubblica* 11 luglio 2012, al quale devo questa sintesi, che è «la vera felicità che si oppone alla “felicità illusoria” di cui parla MARX nei *Manoscritti economici e filosofici* del 1844 cara ai conservatori».

7. — *L'accesso all'ambiente come accesso ai beni comuni.*

Le interrelazioni tra *status* di cittadinanza e capacità di godimento dei beni comuni si realizzano con l'esercizio del diritto di accesso all'ambiente che ne contiene diverse specie ed è chiaro a questo punto della ricerca che nel nostro attuale ordinamento come in quello sovranazionale, la determinazione del bene giuridico ambiente è la chiave di volta per scoprire quali sono i beni comuni tutelati dalla legge.

Il diritto d'accesso in materia ambientale esiste nel nostro ordinamento da quasi venti anni se si pensa all'art. 14 della legge 349 del 1986 che riconosceva il diritto di qualsiasi cittadino di accedere alla informazioni riguardanti lo stato dell'ambiente. Si arricchiscono poi di contenuti con l'introduzione del diritto all'informazione sugli atti amministrativi (D. Lgs. 39/1997 in attuazione della Direttiva 90/313 CEE <sup>(18)</sup>) secondo cui chiunque ha diritto a prendere visione degli atti amministrativi e delle misure che incidono o possono incidere negativamente sulle componenti ambientali indicate dalla legge (acqua, aria, suolo, fauna, flora, territorio e spazi naturali) indipendentemente dalla sua posizione soggettiva o dalla natura dell'interesse vantato.

Ma è con l'art. 2, primo comma, lett. a) del D. Lgs. N. 95 del 2005, in attuazione della Dir. 2003/4 CE <sup>(19)</sup>, che l'informazione ambientale può presentarsi sotto ogni tipo di forma scritta, visiva, sonora, elettronica od in qualunque forma materiale che riguarda lo stato degli elementi dell'ambiente, i fattori, le misure e le attività che vi incidono o vi possono incidere. Oggetto

---

Queste riflessioni di M. FERRARIS nascono dalla lettura dei recenti saggi di D. MALOUF, *La vita felice*, Torino 2012, B.S. FREY e C. MARTI, *Economia della felicità*, Bologna 2011, e *L'arte della felicità in un mondo in crisi* del DALAI LAMA, Milano 2010.

<sup>(18)</sup> Sul punto si veda L. KRÄMER, *La directive 90/313/CEE sur l'accès à l'information en matière d'environnement: genèse et perspectives d'application*, in *Revue du Marché Commun*, 1991, 353, p. 866 ss.

<sup>(19)</sup> J. VOGLER, *The European Contribution to global Environmental Governance*, in *International Affaire*, 2005, 81, 4, p. 835 ss; D. BODANSKY, *The legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?*, in *Amm. Journ. Int. Law*, 1999, 93, p. 596 ss; S. CHARNOVITZ, *Nongovernmental Organizations and International Law*, in *Amm. Journ. Int. Law*, 2006, 100, 2, p. 348 ss.

dell'accesso risulta così essere l'informazione non solo il documento che la contiene<sup>(20)</sup>.

La Corte Costituzionale (sent. 1 dicembre 2006, n. 399) ha riconosciuto poi il sistema composito di tutela dei beni ambientali che comprende anche la legislazione destinata a sostituire quella nazionale per soddisfare le esigenze locali di un ambiente sempre più complesso da tutelare<sup>(21)</sup>.

Ma è soprattutto dalla Corte di Cassazione che arriva un contributo alla identificazione del bene comune attraverso la tutela del bene ambientale<sup>(22)</sup>. Una società privata pretendeva il diritto di proprietà su una valle da pesca sita nella laguna di Venezia e l'Amministrazione pubblica resisteva opponendo la natura demaniale del bene ritenuta tale dall'epoca del dominio austriaco.

La Corte osserva che la distinzione tra beni demaniali, patrimoniali indisponibili e disponibili va riletta con i contenuti normativi della Costituzione artt. 2, 9 e 42, che sono direttamente applicabili.

Deriva «il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del “paesaggio”, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativo-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della “proprietà” dello Stato, ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per la loro intrinseca natura o finalità risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionale al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività».

La Corte Costituzionale<sup>(23)</sup> dichiara ora, in tema di privatizzazione dell'acqua, l'illegittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 2, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finan-

---

<sup>(20)</sup> Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5795, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1812.

<sup>(21)</sup> Corte Cost. 1 dicembre 2006, n. 399, in *Giur. It.*, 2007, p. 10.

<sup>(22)</sup> Cass. Civ. Sez. Unite, 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giur. It.*, 2011, p. 2506 ss. La lettura di questa sentenza ci ricorda i risultati scientifici e pratici della ricerca di C. MAZZÙ, *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983, spec. p. 192 ss.

<sup>(23)</sup> Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 198, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

ziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sulla possibilità di privatizzazione dei servizi pubblici da parte degli enti locali, compreso dunque il sistema idrico integrato.

8. — *Il riconoscimento dei diritti economici per l'attuazione dei diritti politici.*

Non tutti i beni comuni sono oggetto di accesso diretto e non subordinato a disponibilità finanziaria. Viceversa ve ne sono alcuni, altrettanto essenziali alla persona del cittadino cosmopolita, e che sono pure di rango costituzionale, cui egli può accedere solo attraverso il mercato economico e finanziario <sup>(24)</sup>.

Le convenzioni internazionali hanno affrontato la regolamentazione dei diritti economici fin dal *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali*, adottato a New York il 16 dicembre 1966 <sup>(25)</sup> ed entrato in vigore nell'ordinamento italiano il 15 febbraio 1978 ove, all'art. 2 comma 3, dispone che «i paesi in via di sviluppo, tenuto il debito conto dei diritti dell'uomo e delle rispettive economie nazionali, possono determinare in quale misura essi garantiranno a individui non aventi la loro cittadinanza i diritti economici riconoscibili nel presente Patto».

I diritti economici spettano quindi a tutti gli «individui» che si trovano nel territorio nazionale in «misura» predeterminata che però, per la norma successiva (art. 4) incontra un limite che è segnato dalla sua compatibilità «con la natura di tali diritti e unicamente allo scopo di promuovere il benessere generale».

E aggiunge all'art. 5 che «nessuna disposizione del presente Patto può essere interpretata nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato, gruppo

---

<sup>(24)</sup> S. RODOTÀ, *Postfazione*, cit., p. 331 s. chiude le sue riflessioni con un accenno ai «regolatori pubblici che devono individuare quali beni possono essere accessibili attraverso gli ordinari meccanismi di mercato e quali invece debbano essere sottratti a questa logica». Viceversa a noi sembra logico che anche i beni ambientali hanno bisogno per la loro cura del mercato economico e finanziario, meglio se affidati a strutture cooperativistiche.

<sup>(25)</sup> A. HURRELL, B. KINGSBURY, *The International politics of The environment*, Oxford, 1992.

o individuo di intraprendere attività o di compiere atti miranti a sopprimere uno dei diritti o delle libertà riconosciuti nel presente Patto ovvero limitarlo in misura maggiore di quanto è previsto nel Patto stesso» (primo comma).

Ma la dipendenza dei *diritti economici* dai *diritti fondamentali* è segnata dal secondo comma dello stesso art. 5 secondo cui «nessuna restrizione o deroga a diritti fondamentali dell'uomo, riconosciuti o vigenti in qualsiasi paese in virtù di leggi, convenzioni, regolamento o consuetudini, può essere ammessa con il pretesto che il presente Patto non li riconosce in minor misura».

Allora i diritti economici devono essere individuati e tutelati attraverso l'accertamento che la loro strumentalità è essenziale per la soddisfazione dei diritti fondamentali.

E poiché è nel luogo in cui la persona vive che vanno soddisfatti gli uni e gli altri diritti, nell'attuale sistema sovranazionale, lo Stato membro che ha accolto la persona è responsabile di garantirgli la relativa soddisfazione<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Come affermato per esempio nella sentenza della Corte costituzionale italiana n. 432/2005, il rispetto dei diritti delle persone più deboli costituisce un limite minimo indisponibile. Tali diritti vanno tutelati a prescindere, nel caso dei cittadini extracomunitari, dalla regolarità della loro presenza sul territorio nazionale. Ciò, lo ricorda la Corte costituzionale, soprattutto se tali diritti sono consacrati nelle fonti giuridiche sovranazionali e internazionali, che vincolano l'ordinamento giuridico interno. Sul punto si veda V. Corte cost., 6 ottobre 2006, n. 324, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 3237 ss., con commento di M. MAZZIOTTI, *Carta di soggiorno e prestazioni assistenziali in favore di cittadini extracomunitari*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, II, p. 93 ss.; T. GUARNIER, *L'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale tra interpretazione conforme e rilevanza. Un uso improprio delle formule decisionali?*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1986 ss.; M. PAGGI, *La Corte costituzionale e le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini extracomunitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, 4, p. 81 ss. V., sul piano del diritto interno, Tribunale Pistoia, 4 maggio 2007, in *Dir. imm. Citt.*, 2007, 2, p. 172 ss. e Corte d'Appello di Firenze (Corte di Appello di Firenze del 9 giugno 2007 n. 702, in *Dir. imm. Citt.*, 2007, 3, pp. 160 ss., che fanno agli artt. 1 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo avevano disapplicato l'art. 80 della legge n. 388 del 2000 riguardo alla prestazione di assegno sociale, riconoscendo «alla sicurezza sociale anche dei cittadini extracomunitari la portata di diritto fondamentale esigibile presso le Corti dell'Unione in virtù della latitudine universale del principio di eguaglianza», per affermare il diritto dei cittadini extracomunitari alle provvidenze economiche, senza che siano rilevanti distinzioni dettate dal possesso di uno o altro documento di regolare soggiorno; nonché TAR Lombardia del 16 luglio 2009 che ha annullato la deliberazione della Giunta Regionale della Lombardia del 20 gennaio 2009 n. 8/8881 che escludeva l'accesso al cosiddetto «buo-

Segue la Parte terza che è il centro di tutta la normativa del Patto e si apre con il diritto al lavoro: «gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto al lavoro, che implica il diritto di ogni individuo di ottenere la possibilità di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente scelto od accettato, e prenderanno le misure appropriate per garantire tale diritto» (art. 6, primo comma).

Ma è con il secondo comma che il lavoro assurge a bene comune per la interrelazione segnata tra il diritto al lavoro e lo sviluppo economico: «Le misure che ciascuno degli Stati parti del presente Patto dovrà prendere per assicurare la piena attuazione di tale diritto comprenderanno programmi di orientamento e formazione tecnica e professionale, nonché l'elaborazione di politiche e di tecniche atte ad assicurare un costante sviluppo economico, sociale e culturale ed un impiego produttivo, in condizioni che salvaguardino le fondamentali libertà politiche ed economiche degli individui» (art. 6, secondo comma).

Seguono i contenuti e gli effetti del diritto al lavoro, all'equa ed eguale retribuzione, al diritto alla qualificazione a tutti i livelli; dall'esistenza decorosa per i prestatori e le loro famiglie, alla sicurezza ed igiene sui luoghi di lavoro, dalle ferie sino agli «svaghi» (art. 7).

Si passa quindi al riconoscimento delle formazioni sociali intermedie quali il sindacato (art. 8), i fondi di previdenza sociale (art. 9), e la famiglia (art. 10) con le disposizioni che considerano essenziale il diritto alla loro partecipazione<sup>(27)</sup>.

---

no famiglia» agli stranieri senza carta di soggiorno di lunga durata. Si rinvia per un'analisi dei diritti sociali come diritti fondamentali dell'uomo a V. COLCELLI, R. CIPPITANI, *Prestazioni sociali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Foro Padano*, 2011, II, c.129-160; nonché V. COLCELLI, *I diritti sociali nel sistema C.E.D.U. prove di dialogo con l'ordinamento U.E. e diretta applicabilità nei rapporti individuali*, in A. Sassi (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra America latina ed Europa*, Studi Tematici di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo, Roma-Perugia, 2011, pp. 213-246.

<sup>(27)</sup> Sulle interrelazioni tra il diritto al lavoro e quello di partecipazione al sindacato cfr. R. PESSI, *L'efficacit  du droit du travail et l'autonomie priv e collective*, in A. LYON CAEN, A. PERULLI (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro*, Padova, 2010, p. 32.

Chiudono le disposizioni del Patto quelle relative alla qualità del cibo (art. 11), della salute (art. 12), dell'istruzione come obbligatoria e gratuita (art. 13-14) ed il diritto di ogni individuo di partecipare alla vita culturale, di godere dei benefici del progresso scientifico e di godere della tutela degli «interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui oggi sia l'autore» con le «misure necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura» (art. 15).

9. *La tutela dei diritti economici ed il ruolo del Comitato dei diritti dell'Uomo.*

Sono più recenti le disposizioni sugli strumenti di tutela dei diritti economici contenuti nel *Protocollo facoltativo al Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali* adottato a New York il 10 dicembre 2008 ove a quel *Comitato* di cui si è accennata la competenza a vigilare sull'adempimento degli obblighi degli Stati in materia di rispetto dei *diritti civili e politici* (art. 28 ss. del Patto omonimo) cui ora è riservato anche il ruolo di controllo sugli adempimenti degli obblighi degli Stati in tema di diritti economici.

L'aver attribuito allo stesso organo la competenza ad accertare il rispetto da parte degli Stati sia dei diritti primari, che di quelli essenziali per la loro realizzazione, conduce alla considerazione delle interrelazioni tra i vari beni comuni sia agli uni, identificabili attraverso l'idea di ambiente, che agli altri di contenuto economico, entrambi in ogni caso riconducibili ai bisogni del cittadino cosmopolita.

Il *Comitato*, nella composizione qualificata di cui si è visto trattando dei diritti civili e politici<sup>(28)</sup> può ricevere *Comunicazioni* che «possono essere presentate da e per conto di individui o gruppi di individui, sottoposti alla giurisdizione di uno Stato parte, che pretendano di essere vittime di una violazione di un qualsiasi diritto economico, sociale o culturale enunciato nel Patto commessa da quello stesso Stato parte» (art. 2 del *Patto sui diritti economici*).

---

<sup>(28)</sup> Cfr. *retro* § 4.

La *Comunicazione* è pertanto un ricorso che può assumere la natura di *Class action* nel caso sia presentata da gruppi di individui (art. 2) e che secondo l'art. 3 ha una duplice funzione di atto di appello e di azione inibitoria.

È atto di appello «soltanto una volta accertato che i mezzi di ricorso interno sono stati esauriti» (art. 3, primo comma, I parte); è azione inibitoria tutte le volte che il ricorso al Comitato è determinato da «ingiustificati ritardi» della trattazione da parte dell'organo giudiziario dello Stato membro (art. 3, primo comma, II parte).

È previsto anche che il Comitato ricevuto il ricorso trasmetta allo Stato parte l'ordine di adottare nelle more della decisione «quelle misure temporanee che possano rendersi necessarie in circostanze eccezionali al fine di evitare un danno irreparabile alla vittima o alle vittime della asserita violazione» (art. 5).

La costituzione dei *Beni comuni* avviene quindi attraverso l'identificazione ed il riconoscimento giuridico dell'*Ambiente* quale complesso dei beni naturali da sempre essenziali per la salute del cittadino; ed il riconoscimento dei *diritti economici* per sostenere la cura dell'*Ambiente* e partecipare al mercato economico e finanziario.

#### 10. — *Il diritto alla correttezza del mercato economico e finanziario.*

Il diritto alla correttezza del mercato economico e finanziario è un *Bene comune*.

La Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati (*Charter of Economic Rights and Duties of States*) che è la risoluzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3281 del 12 dicembre 1974, assegna ad ogni Stato i compiti: a) di regolamentare ed esercitare la propria autorità sugli investimenti stranieri; b) regolamentare e controllare le attività delle imprese multinazionali; c) nazionalizzare, espropriare o trasferire, salvo indennizzo, i diritti di proprietà straniera (art. 2).

A questa Carta fondamentale segue la Dichiarazione sul diritto allo svi-

luppo (4 dicembre 1986) che viene definito «un diritto umano inalienabile in virtù del quale ogni persona umana e tutti i popoli sono legittimati a partecipare, a contribuire e a beneficiare dello sviluppo economico, sociale, culturale e politico in cui tutti i diritti umani e tutte le libertà fondamentali possano essere pienamente realizzati» (art. 1, 1° comma).

Ma è all'art. 2 che la persona non soltanto partecipa allo sviluppo ma «è il soggetto centrale dello sviluppo e deve essere protagonista attivo e beneficiario del diritto allo sviluppo» (1° comma) per stabilire i doveri dei singoli (2° comma) e quelli degli Stati «di elaborare appropriate tecniche politiche di sviluppo nazionale che mirino al costante miglioramento del benessere dell'intera popolazione (3° comma) e di «garantire eguali opportunità per tutti nell'accedere alle risorse di base, all'educazione, ai servizi sanitari, al cibo, all'alloggio, al lavoro e all'equa distribuzione del reddito» (art. 8, 1° comma).

Il diritto allo sviluppo economico è quindi diritto ad un *bene economico*, strumento essenziale, perché ogni persona possa accedere a quelle che l'accordo chiama *risorse di base*.

Più antiche di queste norme fondamentali sullo sviluppo economico sono quelle che risalgono al 22 luglio 1944 nell'Accordo istitutivo del *Fondo monetario internazionale*(F.M.I) e della *Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo*.

È significativo tra gli scopi segnati dal primo istituto che qui ci interessa, quello di «facilitare l'espansione e l'armonico sviluppo del commercio internazionale e contribuire così a promuovere e mantenere alti livelli dell'occupazione e del reddito reale, e a sviluppare le risorse produttive di tutti i paesi membri, come obiettivi principali di politica economica» (art.1, 2° comma).

La considerazione dello sviluppo del commercio internazionale quale presupposto essenziale per promuovere alti livelli di occupazione, se correlata con quella sul diritto allo sviluppo, come bene di tutti, rende possibile considerarlo *bene comune*. Ma l'Accordo istitutivo del F.M.I. segna il suo punto più importante per comprendere il contenuto della correttezza del mercato come *bene comune* con la disposizione del 3° comma, secondo

cui il F.M.I. deve «promuovere la stabilità dei cambi, intrattenere ordinati rapporti di cambio fra i paesi membri ed evitare svalutazioni competitive»; e con quella del 4° comma «per dare il proprio appoggio all'istituzione di un sistema multilaterale di pagamenti per le transazioni correnti fra i paesi membri e all'eliminazione di restrizioni valutarie che ostacolano lo sviluppo del commercio mondiale».

Impegno del F.M.I. che significa «assicurare ai paesi membri, prendendo le opportune cautele, la disponibilità temporanea delle risorse generali del Fondo, fornendo loro in tal modo la possibilità di correggere squilibri nelle loro bilance dei pagamenti senza dover ricorrere a misure che rischierebbero di compromettere la prosperità nazionale o internazionale».

L'ultimo studio in tema di diritti fondamentali pubblicato oltre oceano, dinanzi al quadro normativo sovranazionale che li pervade e tutela osserva come soltanto le rispettive nazioni in cui vive la persona possono garantirne in concreto la realizzazione<sup>(29)</sup>.

Ad esempio in tema di correttezza del mercato l'ordinamento italiano ha recepito la normativa comunitaria che tutela il consumatore<sup>(30)</sup> con la legge 287/1990 riprodotte l'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea vietando di: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che per loro natura o secondo gli usi commerciali non abbiano alcuna connessione con l'oggetto della contrattazione.

---

<sup>(29)</sup> M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., p. 112.

<sup>(30)</sup> V., per la più completa ed approfondita indagine sullo *status* del consumatore, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 1263 ss.

Nonostante la Corte di Giustizia e la migliore e più recente dottrina<sup>(31)</sup> abbiano rilevato l'insufficienza della normativa ai fini di definire lo stato di posizione dominante, la legge 287/1990 all'art. 33, 2° comma tutela il contraente debole nei contratti ad offerta monopolistica con le azioni di nullità e di risarcimento del danno.

A conferma dell'interesse comune alla correttezza contrattuale, il legislatore italiano ha nel 2012, con legge n. 27, di conversione del d.l. 1/2012, introdotto l'art. 37 bis del Codice del Consumo che consente l'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per sanzionare in via amministrativa (multa) le imprese che impongono clausole vessatorie nei contratti dei consumatori introducendo nel sistema la tutela amministrativa.

L'interesse comune alla correttezza contrattuale si presenta così in primo piano nel sistema normativo perché mentre la tutela civile del consumatore mira a salvaguardare *in primis* l'interesse privato e solo secondariamente l'interesse economico (vedi, ed es., il ricorso alle *class actions*), l'intervento diretto dell'A.G.C.M. significa considerare la vessatorietà delle clausole un disvalore di rilievo primario in ordine alla tutela del bene comune costituito dalla correttezza dei comportamenti economici, senza, peraltro, chiamare in causa l'applicazione del diritto antitrust.

Ulteriore conferma veniva già dall'introduzione, con il d.lgs. 17 luglio 2009, n. 101, dell'art. 100 bis nella legge Draghi (testo unico dell'intermediazione finanziaria, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) che salva sempre, quali strumenti a tutela del consumatore, le «azioni civili, penali e amministrative»<sup>(32)</sup>.

L'indagine sui *Beni comuni* si può concludere allora con la considerazione che essi sono già previsti e tutelati da norme di rango costituzionale ed

---

<sup>(31)</sup> Cfr. la pregevole trattazione di F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato Galgano*, vol. 2, Padova, 2010, p. 210 ss.

<sup>(32)</sup> Si vedano, a proposito dei nuovi significati assunti dalla tutela della concorrenza, M. LIBERTINI, *Concorrenza* (in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Milano, 2010, p. 191 ss., e, con specifico riferimento alla materia, ID., *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, intervento al Convegno “Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi”, Roma, Università Roma tre, 29-30 gennaio 2010, disponibile nel testo integrale in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

una riforma codicistica può richiamarli, nei diversi libri di quella legislazione ordinaria, soltanto per distinguerli o dai beni che sono anche cose o dalle prestazioni contrattuali che non violano interessi comuni<sup>(33)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Le convenzioni internazionali hanno riconosciuto a tutti, attraverso lo *status* di cittadinanza cosmopolita, i diritti di eguaglianza, libertà e solidarietà per la realizzazione del *Bene comune* che significa sia il godimento dei beni naturali da parte di tutti, sia la partecipazione ai beni economici come il diritto al lavoro ed alla correttezza del mercato, che si possono pluralizzare in termini giuridici come *Beni comuni*. L'idea risale ad ARISTOTELE, che per definire il regime costituzionale «per eccellenza» cioè la democrazia più corretta usa il termine *politeia* che significa la distribuzione del potere tra tutti i cittadini secondo la norma del «bene comune» (προσ το κοινον συμφερον, pros to koinon sympheron, 1279 a37-9): cfr. F. WOLFF, *Polis*, in *Vocabulaire européen des philosophies, Dictionnaire des introduisibles*, Paris, 2004. La definizione, ripresa da Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, I-II, p. 90, aa 1-2, ha trovato nella filosofia politica contemporanea particolare attenzione per concludere che sono immodificabili e non reformabili quelle norme costituzionali identificanti i *beni comuni* attraverso i principi di eguaglianza, libertà, e solidarietà (cfr. A.D. SMITH, *The Cultural Foundations of Nations*, Blackwell, 2008, trad. it. di G. MANCINI: *Le origini culturali delle nazioni*, Bologna, 2010, pp. 46 ss., 187 ss.). Il dibattito sulla riforma della Costituzione degli Stati Uniti conferma la distinzione tra diritti fondamentali non rivedibili e istituti amministrativi migliorabili per una immediata attuazione dei diritti di eguaglianza, libertà e solidarietà, su cui cfr. S. ELSTER, *Ulysses Unbound*, Cambridge, 2000, p. 89.

FRANCESCO SCAGLIONE\*

## L'ABUSO DEL DIRITTO NEL CONTRATTO <sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. Le origini della teoria dell' *abus des droits*. — 2. L'abuso come uso scorretto del diritto. — 3. L'abuso del diritto nella formazione del contratto. — 4. L'abuso del diritto nell'esecuzione del contratto.

### 1. — *Le origini della teoria dell'abus des droits*.

La fattispecie tradizionalmente nota come abuso del diritto è una figura elaborata in forma moderna dalla civilistica francese degli inizi del secolo scorso <sup>(2)</sup> per designare, nella originaria formulazione teorica, le ipotesi di

---

\* Università degli Studi di Perugia.

<sup>(1)</sup> Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Lelio Barbiera*.

<sup>(2)</sup> Il riferimento è, innanzitutto, a L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, Paris, 1905; Id., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, II éd., Paris, 1939.

Tuttavia, è soltanto con F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II éd., Paris, 1919, vol. II, p. 171 ss., che si comincia a delineare la nozione scientifica di abuso del diritto. Su Gény, v. i saggi raccolti in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, a cura di P. Grossi, n. 20/1991: *François Gény e la scienza giuridica del novecento*, Milano, 1992, nonché P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, pp. 143-192; A. TANZI, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, 1990.

Per il centenario della nascita di F. Gény (1861-1938) è stato pubblicato, a cura della *Faculté de droit de Nancy*, ove l'illustre studioso fu decano, il volume collettaneo *Le Centenaire du doyen François Gény*, Paris, 1963.

Il primo contributo italiano sul tema è di G. TEDESCHI, *L'abuso del diritto*, Torino, 1908. Negò l'esistenza di tale categoria concettuale M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 104 ss., 208 ss., 416 ss., spec. a p. 125, sul presupposto, tra l'altro, della mutevolezza, da un'epoca ad un'altra, delle finalità per le quali un diritto è concesso dall'ordinamento. Secondo Rotondi (*op. cit.*, p. 116), l'abuso di diritto «è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte

esercizio del diritto per la realizzazione di uno scopo diverso da quello cui

---

le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, e ciò per la contraddizione che non lo consente».

Il saggio, costituente la tesi di laurea di Mario Rotondi, elaborata sotto la guida del suo maestro, Lodovico Barassi, e presentata all'Università di Pavia nel 1922, si può ora leggere in M. ROTONDI, *L'abuso di diritto. «Aemulatio»*, Padova, 1979.

Più apoditticamente, già M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1925, III, p. 871, osservava che l'espressione « abuso del diritto » è una contraddizione in termini, giacché se vi è abuso non vi è diritto, e se vi è diritto non vi è abuso. Per sfuggire alla contraddizione rilevata da Marcel Planiol, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, pp. 271 ss., 294 ss., ha sostenuto la tesi dell'immoralità dell'abuso del diritto. Successivamente, v. le critiche formulate da G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, IV éd., Paris, 1949, p. 159 ss., le cui osservazioni sono mosse dalla preoccupazione di salvaguardare la sicurezza dell'azione umana dal «*contrôle du juge*», con la conseguente esigenza di far rientrare l'abuso del diritto nell'ambito dell'illecito aquiliano. Cfr. in precedenza, G. RIPERT, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Jossierand «De l'esprit des droits et de leur relativité»*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 62, ove emerge la precisa scelta ideologica in favore dell'assolutismo del diritto soggettivo. E v. anche G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955.

La ricostruzione storica dell'abuso del diritto di proprietà nella dottrina francese si trova nel pregevole studio di A. DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969, p. 175 ss.

Per una riflessione comparativa con l'esperienza di *common law*, v. P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 89-120. Cfr. anche A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1995, p. 472 ss.

La bibliografia italiana sull'abuso del diritto è amplissima. Per la dottrina italiana, sotto il codice vigente, v. M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Nov.mo Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 95; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 166 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18-37; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss. (il saggio si trova ora raccolto, insieme ad altri, in P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, pp. 11-144, da cui le citazioni); V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 601 ss.; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 613-659; U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e interesse nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 23 ss.; M. BESSONE, *Proprietà egoista, abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Foro it.*, 1974, IV, c. 141 ss.; ID., *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 275 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto disc. priv.-Sez. civ.*, I, Torino, 1987, pp. 1-9 (ora in S. PATTI, *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999, pp. 17-31); A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (Abuso di potere nel procedimento assembleare)*,

tale diritto è preordinato (deviazione del diritto dalla sua funzione sociale), giusta un criterio c.d. teleologico o finalista<sup>(3)</sup>.

Le origini storiche della figura dell'abuso del diritto – almeno così come

---

Milano, 1987; C. SALVI, *Abuso del diritto I*), in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, pp. 3-4; A. GAMBARO, *Abuso del diritto II*), in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 5 ss.; M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991; D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992; C.M. TRAVERSO, *L'abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 297 ss.; G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 5-87; F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 171-216; G. FURGIUELE, *Intorno all'abuso del diritto*, in *Dir. giur.*, 1998, pp. 1-9; A. FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1998; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998, pp. 1-22; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'abuso del diritto*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, *I contratti in generale*, V, Torino, 2000, pp. 39-74; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 279 ss., spec. pp. 309-373; A. BASSI, *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003; E. LA MARCA, *L'abuso del potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano, 2004; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 2004, pp. 25-60; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; M. ROBLES, *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 755 ss.

<sup>(3)</sup> Il concetto di «*destination économique ou social du droit subjectifs*» fu utilizzato per la prima volta da R. SALLEILES, *Études sur la théorie générale de l'obligation dans la seconde rédaction du projet de Code civil allemand*, Paris, 1890, p. 370; ID., *De l'abus de droit. Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de revision du Code civil*, in *Bullettin d'études législatives*, 1905, p. 350 ss.; ID., *La déclaration de volonté*, Paris, 1901. Cfr. anche C. CHARMONT, *L'abus de droit*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1902, p. 122 ss.

In quest'ottica, l'art. 7 del progetto ministeriale del codice civile del 1942, che tuttavia non ebbe accoglimento, prevedeva la regola secondo la quale «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». Una norma corrispondente si trova nel § 226 BGB, secondo cui «l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri» (*Schikaneverbot: Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*). E v. anche, per il riconoscimento esplicito dell'abuso del diritto, l'art. 2 del cod. civ. svizzero, l'art. 281 del cod. civ. greco, il § 1, ult. co., cod. civ. giapponese.

Le indicazioni della dottrina francese penetrarono bene nel codice civile sovietico (art. 1: «I diritti civili sono tutelati dalla legge, eccetto che siano esercitati in senso contrario alla loro destinazione economica sociale»).

intesa nella moderna accezione sopra ricordata <sup>(4)</sup> – sono da ricollegarsi, com'è noto, al diritto di proprietà ed al suo esercizio, in funzione di limite ai poteri del proprietario <sup>(5)</sup>. Ciò deriva dal fatto che la stessa elaborazione dogmatica del diritto soggettivo è avvenuta sulla falsariga del diritto di proprietà, che ne ha costituito il prototipo.

Infatti, volendo riassumere, in estrema sintesi, le tappe fondamentali che hanno segnato storicamente l'*iter* della elaborazione dottrinale sul diritto soggettivo <sup>(6)</sup>, è possibile enucleare due successivi percorsi dogmatici.

A) Il primo è quello che trasforma le dottrine filosofiche giusnaturalistiche in linguaggio giuridico ad opera di Jean Domat e di Robert Joseph Pothier. <sup>(7)</sup>

---

<sup>(4)</sup> Per il diritto romano e intermedio, cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 25 ss.; M. ROTONDI, *L'abuso di diritto. «Aemulatio»*, cit., 37 ss.

<sup>(5)</sup> Cfr. N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese)*, Milano, 1962, p. 45 ss.

<sup>(6)</sup> Sebbene la categoria del diritto soggettivo fosse ignota al diritto romano, G. PUGLIESE, nel suo importante studio su «*Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*», in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 1953, spec. p. 248 ss., ha messo in luce un sottile legame rinvenibile nella sistematica gaiana tra i *iura* inclusi nelle *res incorporales* e l'esistenza di attribuzioni giuridiche del soggetto, che GAIO non avrebbe disconosciuto. Tuttavia, nonostante il fatto che, nelle fonti, siano individuabili diverse attribuzioni soggettive di vario contenuto (ad es., *dominium, ius, potestas, facultas* o *licere, actio*), i giuristi romani non arrivarono mai alla ricostruzione di una categoria generale. Cfr. G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 255: «Il rilievo negativo, che a prima vista si può fare, è che queste attribuzioni erano innumerevoli, prive di relazioni l'una con l'altra, concesse in modo atomistico, e quindi irriducibili alla figura unitaria del diritto soggettivo. Il rilievo è in parte fondato; ma non si rivela in fondo se non come un altro modo per dire che i giuristi romani, poco inclini alle speculazioni teoriche, non si sono curati di analizzare il contenuto intrinseco di quelle attribuzioni, di formulare, di conseguenza, concetti, e di dedurne un linguaggio rigoroso da adottare costantemente».

<sup>(7)</sup> Cfr. J. DOMAT (1625-1696), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, in *Oeuvres de Domat*, IV, Paris, 1823 (rist.; l'opera è del 1689); R. J. POTHIER (1699-1772), *Oeuvres*, Paris, 1821 (in 18 volumi). E v. in proposito l'attento studio di G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle «Loix civiles» di Jean Domat*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. II, Bologna, 1972, 125 ss., spec. p. 153 ss., nonché A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, vol. I, p. 77 ss. Cfr. R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 317.

Sul punto, v., O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 197 ss.; M. ROTONDI, *L'abuso di diritto. «Aemulatio»*, cit., p. 113 ss.

In tale contesto culturale, la celebre definizione di proprietà elaborata da Bartolo, secondo cui «*dominium est jus de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*»<sup>(8)</sup>, viene ripresa dal Code Napoleon del 1804, e posta a fondamento della nozione enunciata dall'art. 544 *code civil*, secondo cui «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*».

<sup>(8)</sup> Cfr. BARTOLO, *Comm. In Primam Digesti Novi partem, ad l. 41.1.17 (Si quis vi), § differentia, D. de acquir. poss.*, in *Opera Omnia*, Venetiis, 1585, vol. V (il passo è riportato anche in *Commentaria*, V, Venetiis, 1615, f. 84).

BARTOLO da Sassoferrato (1314-1357), marchigiano di nascita, ma perugino d'adozione, formatosi alla Scuola di CINO Sighibuldi da Pistoia (1270 ca.-1336), e maestro del perugino BALDO degli Ubaldi (1327 ca.-1400), ebbe grandissima influenza sulla evoluzione della scienza civilistica dei Paesi di lingua latina. V. sul punto, F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, Milano, 1954, pp. 573-574: «La sua fama oscurò quella di ogni altro giurista, al punto che nella Università di Padova veniva istituita una cattedra dedicata insieme alla Glossa d'Accursio e a Bartolo (*lectura textus Glossae et Bartoli*), mentre nella Spagna e in Portogallo veniva decretata una legge - arieggiante quella così detta delle citazioni di Teodosio II - in virtù della quale, in caso di divergenza d'opinioni fra gli interpreti, l'*opinio Bartoli* doveva essere obbligatoria per il giudice: disposizione che più tardi (1603) fu valida anche per il Brasile con la recezione del diritto comune e della scienza italiana. (...) Con Bartolo, il metodo dialettico si consolidò, s'impose nelle scuole, diventò l'indirizzo dominante, al punto che un adagio si diffuse e venne ripetuto per secoli: *nullus bonus iurista, nisi sit bartolista*». Cfr. A. PALAZZO, *Diritto e processo nello studio perugino del XXI secolo*, in *Diritto e processo*, 2001, p. 1 ss.

In argomento, v. la pregevole ricostruzione storica del concetto di proprietà effettuata da L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 13 ss., e spec. p. 15, ove così segnala il diverso precedente indirizzo dei Glossatori: «Comunque punto basilare di tutta la trattazione della glossa - dato il loro punto di partenza: cioè l'azione, che rappresenta il diritto in movimento - non è dunque tanto la facoltà di godimento diretto della cosa quanto il suo carattere come rapporto giuridico; e cioè la sua opponibilità contro i terzi, contro tutti i terzi».

In ogni caso, la definizione di Bartolo fu poi ripresa da CUIACIO, *Lib. 41 Dig. Tit. I, de acquir. rerum dom.*, in *Opere*, Prato, 1837, t. 3, c. 246 ss., secondo cui «*Vulgo dominium definitur hoc modo: ius re corporali perfecte disponendi aut vindicandi nisi quod lex aut conventio prohibetur*». Cfr., in argomento, E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, spec. pp. 17-19; E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano, 1964; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 133.

La prospettiva proprietaria (essenzialmente relativa alla proprietà fondiaria)<sup>(9)</sup> è, quindi, innanzitutto, quella dell'assolutezza del dominio, in contrapposizione ai pesi e ai vincoli derivanti da situazioni reali di origine feudale (da qui il principio del *numerus clausus* dei diritti reali)<sup>(10)</sup>. La proprietà assume un valore simbolico, indica, secondo una concezione liberale ed individualistica, «la sfera delle libertà del singolo di cui l'ordinamento prende atto»<sup>(11)</sup>.

B) Il secondo percorso dogmatico, costituente, in buona sostanza, un'evoluzione del precedente<sup>(12)</sup>, è opera della pandettistica tedesca, che, ispirandosi all'idealismo hegeliano, ricollega la proprietà alla sfera della personalità<sup>(13)</sup> ed elabora, in chiave positivista, un concetto di proprietà quale paradigma del diritto soggettivo assoluto<sup>(14)</sup>.

<sup>(9)</sup> In argomento, v. M. BARCELONA, *Proprietà privata e intervento statale. Profili istituzionali della questione agraria*, Napoli, 1980, p. 132 ss.

<sup>(10)</sup> Cfr. E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, cit., p. 27 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, 2a ed., Padova, 1988.

<sup>(11)</sup> Così, C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, in *Cod. Civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 36. Cfr. altresì M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, vol. VIII, t. I, Milano, 1980, p. 5 ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. C. SALVI, *op. ult. cit.*, p. 37 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1986 (rist. a cura di G. Crifò), p. 159.

<sup>(14)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, p. 150 ss.; U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987, p. 49; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, pp. 161-162: «L'abolizione delle signorie (1790) apre la via alla proclamazione nel codice francese della proprietà quale unica forma giuridica di appartenenza dei beni. Il nuovo diritto, che attribuisce ai privati l'assoluta ed esclusiva disponibilità dei beni, richiamava quel modello romano della proprietà che si era conservato nella cultura giuridica occidentale e che era stato valorizzato dal pensiero giusnaturalistico. Spettò alla Pandettistica tedesca il compito di rielaborare quel modello, cogliendovi l'espressione perfetta del diritto soggettivo quale signoria della volontà del singolo».

Per un interessante *excursus* storico ed i collegamenti con l'elaborazione dogmatica della Scuola storica e della giurisprudenza pandettistica in ordine alla nozione di buona fede, v. soprattutto D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970, p. 156 ss.

Questa dogmatica, in particolare, vede in primo piano le classiche costruzioni del diritto soggettivo di Savigny<sup>(15)</sup> e Windscheid<sup>(16)</sup>, da un lato, e quella di Jhering, dall'altro. Tuttavia, mentre i primi fanno perno sulla signoria del volere del singolo, per rimarcare l'aspetto caratteristico del diritto soggettivo, Jhering introduce, invece, la celebre definizione del diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto («*Rechte sind rechtlich geschützte Interessen*»)<sup>(17)</sup>.

La dottrina volontaristica, ad ogni modo, ebbe facile gioco nel definire i contorni del diritto soggettivo quale diritto assoluto che garantisce al suo titolare una sfera di libertà di azione per il soddisfacimento di un interesse.

---

<sup>(15)</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, I, 1886, § 52, pp. 336-337: «Sotto il punto di vista, nel quale ci siamo posti, ogni singolo rapporto giuridico ci apparisce come una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto. Questa determinazione consiste in questo, che alla volontà individuale è assegnato un campo, nel quale essa domina indipendente da ogni volontà altrui». Sulla figura e le opere di Savigny (1779-1861), v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Milano, 1980, pp. 53-78.

<sup>(16)</sup> Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8a ed., Leipzig, 1900, nella traduzione italiana, *Diritto delle Pandette*, a cura di Fadda, Bensa, Bonfante e Maroi, vol. I, t. 2, Torino, 1925 (rist.), pp. 107-110, secondo cui il diritto soggettivo è una forza o signoria della volontà, attribuita dall'ordinamento giuridico. Sulla teoria di Bernhard Windscheid (1817-1892), v. spec. A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, 2ª ed., Padova, 1953, p. 268 ss. V., sinteticamente, M. COMPORIT, *op. ult. cit.*, p. 8, secondo cui alla costruzione del diritto soggettivo come potestà o signoria della volontà «corrisponde quella del diritto reale, generalmente inteso come signoria immediata dell'uomo sulla cosa, potere o facoltà di volere su essa». Sul punto, v. anche O.T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 285 ss.

<sup>(17)</sup> R. VON JHERING, *Der Geist des römischen Rechts*, 4ª ed., Leipzig, 1888, III, § 30 e 61. Questa definizione è stata criticata soprattutto per una certa commistione concettuale tra lo scopo del diritto (tutela) ed il contenuto della situazione giuridica attribuita dall'ordinamento al soggetto: cfr. A. LEVI, *op. cit.*, pp. 277-279; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 44 ss.; P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 414; v. anche le critiche di A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, 2ª ed., trad. it. dell'edizione tedesca (Weimar, 1878) a cura di A. Levi, Padova, 1951, p. 207 ss. Sulla produzione scientifica di Jhering (1818-1892), v. M.G. LOSANO, *Bibliografia di Rudolph von Jhering*, Einaudi, Torino, 1968; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, cit., p. 150 ss. Cfr. altresì F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, Stuttgart, 1968 (I ed.: *Rudolph von Jhering. Eine Erinnerung zum 50. Todestage*, Leipzig, 1942). In argomento, v. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (trad. it. a cura di S. Ventura), Milano, 1966, 17 ss., p. 58 ss.; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (trad. it. a cura di P.L. Lucchini), Milano, 1974, p. 123 ss.

In questa prospettiva, dunque, il problema dell'abuso del diritto deve fare i conti con la insindacabilità *a posteriori* della condotta del titolare del diritto, eccettuato il caso che tale condotta sia dolosamente preordinata a causare eventi dannosi; l'art. 833 c.c., secondo cui «il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri», è espressione, appunto per la rilevanza qualificatoria dell'*animus nocendi*, della teoria del diritto soggettivo quale «signoria della volontà»<sup>(18)</sup>.

Viceversa, nell'ottica jheringhiana è il concetto di diritto quale interesse garantito dall'ordinamento al privato ad assumere una connotazione centrale per la nozione di abuso del diritto, tutte le volte in cui la situazione giuridica soggettiva risulti funzionalizzata o, per meglio dire, subordinata, alla realizzazione dell'interesse pubblico; la violazione di quest'ultimo, infatti, può imbrigliare il titolare del diritto nelle maglie dell'esercizio illecito o abusivo di esso, come espressione di un limite interno al diritto stesso.

Il passo avanti rispetto alla teoria volontaristica è netto e frutto della transizione da un'ideologia tipica della *Begriffsjurisprudenz* a quella della *Interessenjurisprudenz*<sup>(19)</sup>; tuttavia, la teoria dell'interesse è stata all'origine

<sup>(18)</sup> Cfr. G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 34 ss.

<sup>(19)</sup> Cfr. A. PALAZZO, F. SCAGLIONE, *Gioacchino Scaduto e la scienza del diritto civile nel XX secolo*, in G. SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di A. Palazzo, Perugia, 2002, t. I, p. 11 ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, cit., p. 331: «Il metodo di lavoro propugnato dalla Giurisprudenza degli interessi riposa sul presupposto che ogni norma di legge sia una massima del legislatore per la soluzione di conflitti d'interessi da lui previsti e disciplinati. Alla base dunque di ogni regola legislativa ci sarebbe innanzitutto un atto di valutazione di interessi e poi una scelta tra le diverse possibili valutazioni degli interessi contrastanti delle parti della lite. È proprio in questo presupposto, identificante (sull'esempio di Jhering) i diritti soggettivi privati con gli strumenti per la soddisfazione degli interessi individuali, che si manifesta il legame di fondo di questo metodo giurisprudenziale con la concezione giuridico-teleologica naturalistica: la vera legittimazione dei diritti soggettivi privati è costituita dalla valutazione e dalla scelta operate su interessi in contrasto».

Tra i seguaci della c.d. giurisprudenza degli interessi, v. soprattutto i rappresentanti della Scuola di Tübingen (*Tübinger Schule*) Philipp Heck (1858-1943), che ne fu il fondatore, Max von Rümelin (1861-1931) e Heinrich Stoll (1891-1937); alla suddetta Scuola aderirono anche i civilisti di Göttingen Paul Oertmann (1865-1938) e Rudolf Müller-Erzbach (1874-1959). Sull'argomento, v. G. ORRÙ, *Giurisprudenza degli interessi*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 171 ss.

dell'idea – già ricordata in precedenza – che l'abuso consista in una deviazione dell'esercizio del diritto da uno scopo fissato *a priori* dal legislatore.

2. — *L'abuso come uso scorretto del diritto.*

La visione dell'abuso quale esercizio del diritto non conforme allo scopo legale tipico per il quale il diritto è concesso, però, riduce sensibilmente l'utilità pratica del concetto di abuso, impedendo di coglierne la reale essenza<sup>(20)</sup>.

L'esercizio del diritto, infatti, è preordinato alla realizzazione di un interesse secondo modalità che dipendono, da un lato, dalla volontà del suo titolare e, dall'altra, dalle circostanze del caso concreto.

Anzi, è la stessa configurazione dell'interesse del titolare del diritto, quale emerge, ad esempio, dalla ricostruzione della causa del contratto, a fungere da *discrimen* tra esercizio ed abuso del diritto medesimo, perché consente di distinguere in che modo è possibile realizzare quell'interesse.

In altri termini, lo scopo del diritto soggettivo non è fissato in astratto dalla legge, ma si determina in funzione degli assetti concreti di interessi che esso mira a realizzare. Del resto, anche il contenuto del diritto è espressione di interessi concreti e non astratti.

Ciò posto, i diversi modi di realizzare il diritto incidono necessariamente, ed in modi altrettanto diversi, sulla sfera giuridica altrui.

Se l'interesse è la tensione della volontà di un soggetto verso la conservazione o il conseguimento di un bene patrimoniale (interesse patrimoniale o economico) ovvero di una situazione esistenziale da cui dipende il benessere del suo titolare (interesse non patrimoniale o non economico),<sup>(21)</sup> è necessario tenere conto delle conseguenze che la realizzazione dell'interesse può produrre nel mondo giuridico.

---

<sup>(20)</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 186.

<sup>(21)</sup> Cfr. F. SCAGLIONE, *Intersoggettività e gratuità nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 374. Secondo P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*<sup>3</sup>, Napoli, 1994, p. 36, le situazioni esistenziali “piuttosto che in termini di interessi, si pongono all'attenzione del giurista in termini di valori caratterizzanti la filosofia dell'esistenza presente nell'ordinamento.” Sul punto, v. anche

Orbene, si può affermare che innanzi ad una molteplicità di modi di realizzazione dell'interesse, uno soltanto di essi è quello lecito, vale a dire corretto.

Sotto questo profilo, la nozione di abuso del diritto non può essere scissa da quella di correttezza<sup>(22)</sup>, costituendone un'applicazione generalizzata<sup>(23)</sup>.

Appare, al riguardo, di estrema attualità la felice intuizione di Ugo Natoli, il quale, già oltre mezzo secolo fa, aveva rinvenuto nel criterio della buona fede oggettiva il metro per la valutazione di ogni comportamento di un soggetto che si ripercuote comunque nella sfera giuridica di un altro soggetto<sup>(24)</sup>.

La regola di correttezza, in quest'ottica, presiede all'esercizio di tutti i diritti patrimoniali<sup>(25)</sup>, costituendo il parametro di un giudizio necessariamente

---

E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, p. 217 ss. La distinzione fondamentale degli interessi umani, in relazione al loro contenuto, tra interesse a conservare un bene che si ha ed interesse a conseguire un bene che non si ha e si vuole avere, è opera di R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, p. 11.

<sup>(22)</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1989 (rist.), p. 77, si serve del limite generale ed interno del contenuto del diritto soggettivo costituito dal principio di solidarietà fra i due soggetti del rapporto per ritenere eliminata la figura dell'abuso del diritto, perché «il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera della solidarietà; quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento, del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto, e, in quanto tali, s'intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali».

<sup>(23)</sup> V., sulla scia di Ugo Natoli, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 53, secondo cui «appare più corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell'abuso, piuttosto che sulla norma relativa agli atti emulativi, sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)».

Sui rapporti tra correttezza e abuso del diritto, v. AND. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, t. IV\*\*, Torino, 2004, p. 60 ss., e già G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, cit.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, artt. 1374-1381, in *Cod. civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 231 ss.

<sup>(24)</sup> U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 26.; e v. anche ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, I, p. 157.

<sup>(25)</sup> U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 30.

posteriore alla condotta dell'agente, la quale costituisce l'oggetto del processo valutativo.

Gli epigoni di questa illuminata dottrina hanno quindi riletto in chiave oggettiva e «relazionale» la norma sul divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c.), per allinearla alla regola di correttezza di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., la cui operatività non è più circoscritta all'interno del rapporto obbligatorio<sup>(26)</sup>. In questa prospettiva, vanno accolti i rilievi interpretativi<sup>(27)</sup> secondo cui è da eliminare il riferimento allo scopo soggettivo di chi compie l'atto emulativo (*animus nocendi* o *aemulandi*)<sup>(28)</sup>.

L'abuso del diritto, infatti, come espressione di una *dimensione relazionale* delle situazioni giuridiche attive, si concretizza nella violazione di una sfera giuridica altrui attraverso l'esplorazione di poteri e facoltà che sono insiti nel diritto stesso, ma per una finalità non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. In questo senso, il principio dell'abuso del diritto non contrasta con l'antico brocardo secondo cui *qui iure suo utitur neminem laedit*, ma anzi lo riafferma.

A questo punto è necessario però interrogarsi sulle interrelazioni tra abuso del diritto e responsabilità civile.

È naturale intanto, osservare, in proposito, come l'esercizio di qualsiasi diritto patrimoniale sembrerebbe poter dare luogo a quelli che la dottrina

<sup>(26)</sup> F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 177.

<sup>(27)</sup> Cfr. S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 5, il quale si avvale dell'aggancio alla normativa costituzionale che stabilisce il principio della funzione sociale della proprietà (art. 42, 2° comma Cost.), interpretata evolutivamente, ma non manca poi di notare che «la coscienza sociale avverte oggi l'abuso del proprietario quando riscontra una notevole sproporzione tra l'utilità a lui arrecata dall'atto di esercizio ed i danni provocati ai terzi».

<sup>(28)</sup> Il riferimento è innanzitutto alla celebre Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, c. 256, con nota fortemente critica di A. SCIALOJA, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?* Da questa sentenza prese spunto il saggio di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 11 ss., p. 65 ss. Ma v. Cass., 28 ottobre 1997, n. 10250, in *Fori it.*, 1998, I, c. 70 ss., con nota di A. MOLITERNI e A. PALMIERI, «*Dormientibus iura succurrunt*»: eutanasia dell'art. 833 c.c., che ha ritenuto esclusi dal novero degli atti emulativi i comportamenti meramente omissivi. Cfr., in senso critico rispetto a quest'ultima sentenza della Suprema Corte, F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 18 ss.

tedesca ha denominato *faktische Vertragsverhältnisse aus sozialem Kontakt*, ovvero sia rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale.

Seguendo le linee fondamentali di questa teoria, si è detto, assai efficacemente, che il concetto di «contatto sociale» opera tutte le volte in cui si sia instaurata una relazione sociale «per uno scopo non disapprovato dall'ordinamento»<sup>(29)</sup>.

Si tratta della ben nota dottrina dei doveri di protezione (*Schutzpflichten*)<sup>(30)</sup>, nascenti reciprocamente a carico dei soggetti che entrano in relazione e diretti al soddisfacimento dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose da eventi lesivi (*Schutzinteresse*).

In particolare, la teoria tradizionale fa coincidere l'obbligazione con «l'idea di un rapporto complesso, all'interno del quale l'obbligo di prestazione è solo il nucleo fondamentale di una struttura integrata da una serie di situazioni soggettive ad esso funzionalmente connesse»<sup>(31)</sup>; fra questi obblighi accessori emergono i doveri di protezione e gli obblighi di conservazione imposti alle parti del rapporto contrattuale per la tutela della persona e del patrimonio<sup>(32)</sup>.

I doveri di protezione, pertanto, sarebbero il risultato di una integrazione del rapporto contrattuale operata in base al principio di correttezza<sup>(33)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Cfr. H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1942, p. 72 ss. Cfr. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 355 ss.

<sup>(30)</sup> Il principale teorico del concetto dell'obbligo di protezione è HEINRICH STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. Civ. Pr.*, 136, 1932, p. 257 ss.; v. anche HANS STOLL, *Il contratto e i terzi*, in *Annuario del diritto tedesco*, a cura di S. Patti, Milano 2000, p. 17.

<sup>(31)</sup> C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, ad vocem, p. 1 ss.

<sup>(32)</sup> Cfr. M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto a favore di terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 151 ss.

<sup>(33)</sup> F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss., spec. 1354 ss. ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. dis. prin., Sez. civ.*, VII, Torino, 1994, 225 ss.

Sulla funzione integrativa della correttezza v. A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in *Diritto e processo*, 2002, p. 335 ss., spec. p. 356, ove si sottolinea la funzione della buona fede «protettiva di tutti gli interessi in giuoco e quindi dell'affidamento che le parti ripongono nella realizzazione degli effetti dell'atto di autonomia e nel corretto

Tuttavia, ponendosi nell'ottica «relazionale» cui si è fatto cenno in precedenza, la teoria dei rapporti contrattuali di fatto – nata dall'esigenza di tutelare più efficacemente il danneggiato – appare ormai una strettoia dogmatica, atteso il rilievo identico dell'unico parametro che può giustificare l'applicazione delle norme sull'illecito aquiliano e quelle sull'inadempimento delle obbligazioni (avuto riguardo alla responsabilità contrattuale per violazione della regola di correttezza *in executivis*, in ordine alla quale non v'è più alcun dubbio sin dal noto caso Fiuggi)<sup>(34)</sup>.

---

comportamento di ogni partecipante all'accordo». In argomento, v. G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss. Sul punto v. però le riflessioni critiche di E. RUSSO, *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, p. 1247 ss. In giurisprudenza, v., ad esempio, Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 98: «Dal contratto di sponsorizzazione nasce un rapporto di durata caratterizzato da un rilevante carattere fiduciario in ordine al quale assumono particolare importanza i doveri di correttezza e buona fede, che gli artt. 1175 e 1375 c.c. pongono a carico delle parti nello svolgimento e nell'esecuzione del rapporto obbligatorio e che danno luogo a obblighi ulteriori o integrativi rispetto a quelli principali; ne consegue che anche l'inadempimento degli obblighi integrativi può produrre la risoluzione del contratto, ove il giudice di merito accerti che esso non è di scarsa importanza in relazione all'economia generale del rapporto».

<sup>(34)</sup> Cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296 ed in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 852. Nella fattispecie, i giudici stabilirono che «La clausola, inserita nei contratti “per la condizione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale” e “per la locazione degli stabilimenti termali” conclusi dal Comune di Fiuggi con un privato, che, attribuendogli “la piena libertà” di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo allo stesso Comune di conseguire anche l'adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la “*regula iuris*” del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione». La decisione è stata commentata, tra gli altri, da L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 475 ss., e da V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ss. Cfr., sul punto, anche E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, p. 663. V. anche Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, in *Foro it.*, *Rep.*, 1999, voce *Contratto in genere*, n. 456; Cass., 24 marzo 1999, n. 2788, in *Contratti*, 1999, p. 986 ss., con nota di E. VAGLIO, *Inadempimento reciproco e buona fede*.

Il giudizio di meritevolezza si risolve, pertanto, in un giudizio di buona fede ispirato ai valori costituzionali<sup>(35)</sup>.

Tuttavia, a differenza del filone di pensiero tedesco, che, influenzato dal principio di tipicità dell'illecito aquiliano (v. § 823 B.G.B.), aveva tentato di ricondurre alla responsabilità contrattuale la violazione degli obblighi di protezione connessi all'esecuzione del contratto<sup>(36)</sup>, è certo che nel sistema

<sup>(35)</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 (rist.), spec. p. 163 ss. In argomento, v. A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 122 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. A. SOMMA, *L'esperienza tedesca*, in G. ALPA, A. FUSARO, M. DASSIO, A. SOMMA, F. TORIELLO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000, p. 107 ss., spec. p. 116 ss.; M. MAGGIOLÒ, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 248 ss. Questa concezione può dirsi ormai superata a seguito dell'entrata in vigore in Germania (1° gennaio 2002, e, per i contratti conclusi prima di tale data, 1° gennaio 2003) della riforma del diritto delle obbligazioni: cfr. G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 120 ss. Ai sensi del § 242 BGB («*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*»), l'obbligazione deve essere eseguita dal debitore in buona fede. Con tale espressione si intende l'adempimento coscienzioso e leale nei confronti del creditore. La buona fede obbliga il debitore nell'esecuzione del contratto a tenere in dovuta considerazione gli interessi ed i diritti del creditore. Il concetto di buona fede deve, inoltre, raffrontarsi con gli usi tipici del negozio giuridico dal quale scaturisce l'obbligazione; pertanto l'eventuale inadempimento del debitore rispetto alla buona fede nell'esecuzione contrattuale, deve essere valutato con riferimento allo specifico danno cagionato al creditore (v. in tal senso sentenza BGH, in *NJW*, 83, p. 2814). Tuttavia, ai sensi del nuovo § 311, comma 3, BGB, nel suo combinato disposto con il § 241 comma 2, un'obbligazione può sorgere tra le parti anche durante le trattative contrattuali («*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen*»). Ne deriva che tale obbligo consisterà nel doveroso rispetto – durante le trattative ed anche nella successiva esecuzione contrattuale – dei diritti e degli interessi della controparte, prevedendo il § 241 co. 2 BGB che un'obbligazione, considerato il suo contenuto specifico, possa imporre tale obbligo ad una parte contrattuale («*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*»). Coerentemente, in caso di inadempimento di tale obbligo, il soggetto dovrà risarcire il danno ai sensi del nuovo § 280 BGB, ma il danno risarcibile deve derivare direttamente dall'inadempimento della controparte («*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen*»). Sul punto, cfr. l'analisi di W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, spec. p. 18 ss., p. 26 ss.; G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 8 ss.; ID. (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Padova,

italiano un'applicazione generalizzata del principio di correttezza a tutti i rapporti nascenti da contatto sociale (*rectius*, economico) non conduce ad analogo risultato, proprio per la presenza nel nostro ordinamento della clausola generale di ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. In altri termini, il danno ingiusto, che, a seguito della ben nota evoluzione giurisprudenziale in materia <sup>(37)</sup>, oggi coincide sostanzialmente con qualsiasi lesione di un interesse giuridicamente rilevante, implica un giudizio di *comparazione* degli interessi in gioco che è il *quid proprium* anche del giudizio di correttezza.

Il parametro unico di determinazione della correttezza nella formazione e nell'esecuzione del contratto è dunque costituito dalla *valutazione comparativa* degli interessi patrimoniali delle parti.

Questo giudizio comparativo va effettuato sulla base dei fondamentali principi costituzionali che esprimono la tutela del mercato:

- a) il principio di libertà di iniziativa economica privata, nel rispetto della libertà, della sicurezza e della dignità umana (art. 41 Cost.);
- b) il principio di solidarietà (art. 2 Cost.);
- c) il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma Cost.).

In tal senso, il ricorso al c.d. contatto sociale e all'abuso del diritto si mostra senza dubbio un facile – e, in certi casi, provvidenziale – *escamotage* a vantaggio del danneggiato per accedere più facilmente al cumulo delle azioni <sup>(38)</sup> *ex* artt. 1218 e 2043 c.c., *sub specie* di comportamento scorretto, anche al di fuori di un rapporto obbligatorio. Ciò, tuttavia, a meno di

---

2004; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 ss.

<sup>(37)</sup> Sulla quale v. F. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno e risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in *Nuove autonomie*, 1999, p. 563 ss., in commento a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 (secondo cui, «ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato»).

<sup>(38)</sup> Cfr. P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989; ID., *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, pp. 19-30.

In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., 21 giugno 1999, n. 6233, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 1444; Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3526; Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 2129 ss.

non riconoscere nell'obbligo di correttezza un'obbligazione senza dovere primario di prestazione, con la conseguenza che, in tal caso, l'unica forma di responsabilità prospettabile sarà quella contrattuale o per inadempimento delle obbligazioni<sup>(39)</sup>.

L'evoluzione del diritto vivente sembra spingere in questa direzione, atteso, ad esempio, l'ormai invalso riconoscimento giurisprudenziale della responsabilità contrattuale del medico dipendente dall'ente ospedaliero nei confronti del paziente, che viene fondata sul c.d. «contatto sociale»<sup>(40)</sup>.

D'altro canto, il civilista non può fare a meno di notare che è proprio sul piano della responsabilità precontrattuale, ed in particolare ai fini della

---

<sup>(39)</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3a ed., Milano, 2006, pp. 443 ss., 555 ss.; ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 69 ss., spec. p. 79 ss., ove si specificano i due modi in cui si esibisce la sovrapposizione della responsabilità contrattuale alla responsabilità extracontrattuale. In particolare, mentre il primo «ricorre quando l'inadempimento integra come tale un fatto illecito», il secondo è quello nel quale «la condotta del debitore viola interessi del creditore altri da quello alla prestazione, i quali sarebbero tutelati anche fuori dal rapporto obbligatorio, dando luogo a un fatto illecito. In tali ipotesi la questione non è quella di una possibile sovrapposizione della responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale, ma al contrario riguarda la possibilità di adottare il modello contrattuale, relativamente a fatti che di per sé costituiscono illecito, per la ragione che tra danneggiante e danneggiato preesiste un rapporto obbligatorio».

<sup>(40)</sup> Cfr. Cass., 28 maggio 2004, n. 10297. In precedenza, v. Cass., 22 dicembre 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. Su Cass. 589/1999 v., *amplius*, S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, pp. 21 ss., 43 ss.; G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 178 ss. Ma v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 88, secondo il quale «L'obbligo di eseguire correttamente la prestazione sanitaria da parte del medico deriva sempre e in ogni caso da un rapporto contrattuale, con la conseguenza che, come ha osservato la Cassazione, il contenuto della prestazione stessa è identico (e non potrebbe essere altrimenti) a prescindere dai partecipanti all'accordo: l'obbligo di protezione del "bene" salute coincide con quello di prestazione, attuandosi con il corretto compimento di quanto dedotto in contratto, sia esso stipulato direttamente con il malato, ovvero concluso fra quest'ultimo e la struttura di appartenenza del sanitario».

In senso contrario v. però App. Venezia, 16 giugno 2005, in *Danno e resp.*, 2006, p. 293, secondo cui «Non risponde in via contrattuale del danno subito dal paziente per le carenze igieniche della sala operatoria il chirurgo che effettua la prestazione medica offerta dalla struttura sanitaria di cui è dipendente, posto che tra quest'ultimo ed il paziente della struttura non è configurabile il sorgere di un rapporto contrattuale di fatto, c.d. contatto sociale».

determinazione del *quantum* del risarcimento del danno derivante dal dolo incidente *ex art.* 1440 c.c., che i confini tra le due specie di responsabilità civile si assottigliano notevolmente<sup>(41)</sup>.

La verità è che la violazione della correttezza *in contrahendo* può in concreto dar vita a responsabilità aquiliana oppure a responsabilità contrattuale, a seconda del grado di intensità della relazione precontrattuale esistente tra le parti. Soltanto il contatto economico che genera una situazione affidante, infatti, può giustificare il sorgere di obbligazioni specifiche di correttezza in capo ai soggetti di un rapporto qualificato dalla presenza di interessi economici sufficientemente delineati, ma non ancora condivisi.<sup>(42)</sup>

### 3.- *L'abuso del diritto nella formazione del contratto.*

Il controllo di meritevolezza può essere riferito alla condotta precontrattuale delle parti, che, per essere lecita, deve conformarsi alle regole del mercato concorrenziale, onde assicurare, in concreto, tanto la libera competizione tra le imprese quanto la effettiva capacità di scelta dei consumatori e degli utenti, ovverosia la loro libertà negoziale.

Orbene, se il contratto formatosi o eseguito scorrettamente non supera il controllo di meritevolezza, ciò significa che è il profilo causale ad esserne inficiato, con la conseguenza che il giudice dovrà dichiarare la nullità<sup>(43)</sup>.

In questa prospettiva, il problema dell'abuso del diritto nella formazione del contratto si traduce in quello dell'abuso della libertà contrattuale, e va ricondotto nell'alveo del controllo di liceità della causa del contratto.

---

<sup>(41)</sup> Cfr. in tal senso A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, cit., p. 33 ss., 215 ss.

<sup>(42)</sup> Cfr. F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. LVII, Padova, 2010, p. 30 ss.

<sup>(43)</sup> Con riferimento alla fase attuativa del rapporto coglie il rilievo causale della regola di correttezza G. MERUZZI, *L'exceptio doli. Dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, pp. 204 ss., 288 ss., ma non ne trae le conseguenze in punto di invalidità del contratto per violazione della buona fede.

In particolare, colui che si approfitta della propria posizione di superiorità economica o delle maggiori informazioni in suo possesso per imporre alla controparte condizioni contrattuali svantaggiose, abusa del proprio potere contrattuale, in violazione del principio di libertà della concorrenza, che postula la parità sostanziale delle parti *sub specie* di libertà e consapevolezza della scelta negoziale.

Da ciò consegue che il contratto concluso a condizioni inique è nullo per illiceità della causa, poiché contrario alla regola di correttezza che deve presiedere alla sua formazione. Si tratta di nullità relativa, perché essa costituisce un *rimedio*, posto nell'interesse del contraente debole, alla violazione dei principi del mercato, espressione dell'ordine pubblico economico di protezione.<sup>(44)</sup>

La nullità può essere limitata a singole clausole, sempre che esse non siano essenziali per l'economia del contratto (art. 1419, 1° comma, c.c.)<sup>(45)</sup>. Come però colmare il vuoto regolamentare lasciato dalla clausola nulla, tutte le volte in cui il legislatore non predispose sostituzioni imperative o la salvezza "per il resto" del contratto parzialmente viziato?<sup>(46)</sup> Si deve ritenere che il giudice in tal caso abbia il potere di intervenire in via equitativa per correggere il contratto sulla base dell'interesse pretermesso della parte debole del rapporto.<sup>(47)</sup>

---

<sup>(44)</sup> Per tutti questi concetti, v. *amplius*, F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., p. 145 ss.

<sup>(45)</sup> Cfr. in tal senso, a proposito della nullità parziale delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore, S. MONTICELLI, *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469 quinquies, commi 1° e 3° c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 569 ss. Ovviamente si tratta di un giudizio di nullità parziale di natura oggettiva, che tenga cioè conto non già della mera volontà dei contraenti (essendo impossibile che entrambi esprimano una volontà concorde), bensì della natura dell'affare.

<sup>(46)</sup> Cfr. art. 36, 1° comma, cod. cons., per il quale "Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto."

<sup>(47)</sup> Sul punto v. però le osservazioni di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 231 ss.

Secondo autorevole dottrina, correttezza ed equità possono annoverarsi tra le regole di opinione<sup>(48)</sup>, che lasciano al giudice uno spazio di discrezionalità necessario per adeguare la regola astratta alle esigenze particolari dei traffici giuridici<sup>(49)</sup>.

Affiora in tal modo la questione cruciale della legislazione per clausole generali, quella del limite dei poteri del giudice chiamato a dare contenuto concreto ai concetti giuridici indeterminati<sup>(50)</sup>.

Ma se si intende la correttezza come strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali a tutela della parte debole del rapporto e di integrazione *cogente* del contratto, ci si riferisce essenzialmente ad un concetto diverso da quello di limite (interno) all'autonomia privata, giacché la parte che tiene una condotta scorretta sta abusando della propria libertà contrattuale a danno dell'altra<sup>(51)</sup>.

L'abuso della libertà contrattuale, in particolare, consiste nel fatto che si sono violati dei principi costituzionali che devono ritenersi di immediata applicazione nel diritto dei contratti: il principio di solidarietà, il principio di parità o eguaglianza sostanziale ed il principio di libertà di iniziativa economica privata. Questi principi trovano la loro sintesi nel più ampio principio di libertà della concorrenza (libertà e consapevolezza della scelta negoziale).

---

<sup>(48)</sup> R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 10, t. II, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2002, p. 568 ss., spec. p. 570: «L'equità, la buona fede, la correttezza, cui rinvia l'art. 1374, sono destinate al recupero e alla rilevanza di fattori contingenti e soggettivi, che operano al livello del regolamento contrattuale: motivo di una parte, noto all'altra; bisogno atipico di una parte; impossibilità soggettiva sopravvenuta».

<sup>(49)</sup> Quello della discrezionalità giudiziale è un tema da sempre considerato il *punctum dolens* del diritto civile, non solo in Italia. Cfr. le attente riflessioni del giudice della Corte Suprema d'Israele A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. con presentazione di A. Gambaro, Milano, 1995, spec. p. 16 ss., 84 ss., nonché i saggi raccolti da M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995; v. anche W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, (ristampa dell'edizione del 1933), Padova, 1989. Sull'opera di Barak, v. la recensione di V. VILLA, *Discrezionalità giudiziale e «risposta giusta». A proposito di un recente libro di Aharon Barak*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 583 ss., spec. p. 603 ss.

<sup>(50)</sup> Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta, Milano, 1970, p. 167 ss.

<sup>(51)</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 99.

In altri termini, gli artt. 2, 3 e 41 Cost. costituiscono il fulcro del giudizio di correttezza economica, il cui esito finale è la definizione di un assetto equo degli interessi patrimoniali delle parti.

È giunto però il momento di chiederci se il giudice abbia a disposizione delle linee-guida che lo orientino in misura costante nel delicato compito della concretizzazione della clausola di correttezza.

I criteri di orientamento per l'interprete chiamato ad applicare la regola di correttezza dipendono, in realtà, da un diverso modo di atteggiarsi delle ragioni del mercato in relazione alla situazione concreta in cui avviene la contrattazione. Se è vero, infatti, che la bussola che orienta l'agire negoziale nel nostro sistema economico è rappresentata dalla ricerca della massimizzazione del profitto o delle utilità di ciascun contraente, è altresì vero che l'efficienza del contratto non è un risultato nei fatti condiviso da entrambe le parti.

Nei rapporti giuridici di mercato, caratterizzati dalla predisposizione unilaterale delle condizioni contrattuali, l'interesse pubblico al rispetto del principio di libertà della concorrenza si manifesta con l'esigenza di garantire la capacità di scelta libera e consapevole del contraente debole, il quale si trova ad aderire ad un regolamento contrattuale che egli non ha contribuito a formare.

L'ordinamento interviene, al riguardo, attraverso la verifica giudiziale della vessatorietà delle clausole<sup>(52)</sup>, a presidio di un equilibrio negoziale che rifletta

---

<sup>(52)</sup> La Corte di Giustizia CE, in relazione all'art. 6 della direttiva 5 aprile 1993 n. 93/13 CE del Consiglio, ha affermato, in proposito, che "Il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine e, se considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga": Corte di Giustizia CE, sent. 4 giugno 2009, causa C-243/08, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 489 ss.; in *Contratti*, 2009, p. 1115 ss., con commento di S. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*. Osserva Monticelli (*op. cit.*, p. 1121 ss.) come sia necessario in proposito rispettare il principio del contraddittorio (v. art. 183, comma 4, c.p.c.), con la conseguenza che "il giudice dovrà conformare e limitare l'esercizio del suo intervento d'ufficio laddove la declaratoria di nullità della clausola appaia in concreto pregiudizievole per il consumatore o, addirittura, sia da questi non voluta. E pertanto, il giudice, una volta indicata al consumatore la possibile declaratoria di nullità della clausola in odore

gli interessi di entrambe le parti, assicurandone il relativo soddisfacimento.

In questa ipotesi, un ruolo decisivo è assegnato al rispetto dei doveri informativi e del connesso obbligo di trasparenza e veridicità del contenuto

---

di abusività, dovrà astenersi dal pronunciare la nullità qualora quest'ultimo dichiari, nei propri scritti difensivi, che *non intende invocarne la natura abusiva e non vincolante*. Nella ricorrenza di tale ipotesi il giudice non dovrà rilevare d'ufficio la nullità perché altrimenti tradirebbe lo spirito della legge privilegiando l'astratta tutela dell'interesse pubblico ai concreti e prioritari profili di protezione dell'interesse individuale del consumatore, che verrebbero, addirittura, sacrificati." Nello stesso senso, con riferimento all'esercizio dei poteri del giudice ex art. 1421 c.c., v. Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1611, secondo cui "È nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti." Su questa sentenza, v. S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, 7-8, p. 295 ss.; Id., *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, cit.; in senso conforme, Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Giur. it.*, 2006, p. 1456: "Il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività; la mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria; qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354, 4° comma, c.p.c., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile; ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, 3° comma, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali omesse; eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per cassazione" (fattispecie relativa a sentenza del giudice di pace che aveva accolto un'opposizione a precetto rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato in precedenza notificato altro precetto).

In argomento, v. L. CRUCIANI, *Clausole abusive e tutela (solo procedurale?) del consumatore: le ultimissime dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 655 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Persona e mercato*, n. 1/2009, p. 20 ss.

V., ora, sulla stessa linea della rilevanza d'ufficio della vessatorietà della clausola contenuta nel contratto del consumatore, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sent. 9 novembre 2010, causa C-137/2008, in *Contratti*, 2011, p. 113 ss.

contrattuale sottoposto all'accettazione dell'oblato, nonché alla normativa sulla pubblicità commerciale.

Ciò è evidente, in modo particolare, nella nuova disciplina contro le pratiche commerciali sleali, di cui agli artt. 18-27 del codice del consumo, destinata a trovare applicazione nella formazione dei contratti B2C (*business to consumer*), ove le parti sono costituite dalle figure del professionista e del consumatore.

È necessario però considerare una importante variabile: l'impresa predisponente può trovarsi in una situazione di dominio del mercato tale da consentirle di imporre condizioni contrattuali eccessivamente gravose o inique per la controparte.

Innanzitutto ad una situazione di *potere di mercato*, l'esperienza applicativa della normativa *antitrust*, italiana ed europea, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si intreccia con la disciplina dei contratti del consumatore.

La nuova prospettiva che si apre allo sguardo del civilista mostra un modello di tutela del contraente debole in cui il controllo causale del contratto, che è alla base del giudizio di correttezza<sup>(53)</sup>, è contraddistinto da una particolare pregnanza del principio di libertà della concorrenza quale metro per la valutazione comparativa degli interessi delle parti e, in ultima analisi, della loro meritevolezza.

Ciò significa che l'esame del comportamento delle parti sin dalla fase formativa del rapporto e delle circostanze concrete del caso, che orienta l'intervento giudiziale per garantire l'equità del contratto, viene ad essere ancorato a parametri oggettivi, come quello dei costi aziendali sostenuti dall'impresa predisponente, rafforzando la inscindibile interdipendenza tra interessi delle parti ed interesse pubblico al funzionamento del mercato concorrenziale.

Il sistema attuale del diritto privato del mercato conferma queste indicazioni, segnando il definitivo tramonto dell'idea cavalleresca – retaggio

---

<sup>(53)</sup> La correlazione del problema del controllo causale con la giustizia del contratto è stata ben evidenziata da C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, vol. II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 143 ss.

di un recente passato – che la lealtà e la probità d'animo delle parti siano valori fondanti del diritto dei contratti.

La tutela degli interessi patrimoniali dei contraenti è affidata ad un controllo, amministrativo e giudiziale, necessariamente orientato alla salvaguardia della libertà di concorrenza, atteso che il sistema giuridico e quello economico sono strettamente interdipendenti. Ne è ulteriore conferma il recente intervento normativo operato con la legge 24 marzo 2012 n. 27, che ha introdotto l'art. 37 bis del codice del consumo sulla tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, affidata oggi al controllo, preventivo oppure successivo, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.<sup>(54)</sup>

Questa prospettiva, che vede nell'abuso del diritto un presidio della libertà negoziale dei contraenti e della libertà di concorrenza è confermata dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato “*Divieto dell'abuso del diritto*” secondo cui “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta”; tra le libertà garantite dalla Carta, infatti, si ritrova la libertà di impresa (art. 16), che trova attuazione anche attraverso un livello elevato di protezione dei consumatori (art. 38), soprattutto nell'ambito di una corretta formazione del contratto.<sup>(55)</sup>

#### 4. — *L'abuso del diritto nell'esecuzione del contratto.*

La correttezza nell'esecuzione del contratto impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra,

---

<sup>(54)</sup> Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 492 ss.; E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 563 ss.

<sup>(55)</sup> Cfr. M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1076 ss.

nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico<sup>(56)</sup>. Si tratta del ben noto obbligo di salvaguardia, già evidenziato in dottrina<sup>(57)</sup> ed accolto dalla giurisprudenza della Suprema Corte, quale attuazione del dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost.<sup>(58)</sup>. Questo indirizzo interpretativo va letto in unità con quanto affermato da un'altra pronuncia, secondo cui «la corrispondenza al canone di buona fede dell'esercizio del diritto di recesso previsto in un contratto deve essere valutata *nel contesto*

---

<sup>(56)</sup> Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 17; Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1397 ss.

<sup>(57)</sup> C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205.

<sup>(58)</sup> In questo senso, v. Cass., 4 maggio 2009, n. 10182, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratto in genere*, n. 234: “La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico” (nella fattispecie, la Suprema Corte, in accoglimento di un ricorso per revocazione, ha rigettato il ricorso proposto avverso la sentenza di appello resa in un giudizio di opposizione all'esecuzione, ritenendo legittimo il comportamento di un condominio che, dopo aver richiesto con precetto una somma accertata come giudizialmente dovuta da un condomino, si era rifiutato di ricevere un adempimento parziale e aveva successivamente proceduto, trascorso un congruo lasso di tempo, all'esecuzione individuale solo dopo aver reiteratamente e inutilmente sollecitato il debitore alla corresponsione anche dell'importo residuo, dovuto per gli accessori di cui avesse fornito puntuale conteggio). V. anche Cass., 25 marzo 2009, n. 7210, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3033: “Il dovere di buona fede, imponendo alle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, nei limiti del proprio sacrificio, non comporta che, ove una di esse sia inadempiente, l'altra non possa avvalersi di tutti gli strumenti apprestati dall'ordinamento per porre rimedio all'inadempimento stesso”; Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 347 ss., con nota di A. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*: “Il frazionamento della domanda, consistente nella proposizione di più domande giudiziali aventi fondamento nel medesimo credito unitario, è contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Costituzione, risolvendosi in un abuso del processo (ostativo all'esame della domanda)”. Cfr. anche Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Arch. civ.*, 2003, p. 800.

*dei rapporti intercorrenti tra le parti*, al fine di accertare se il recesso sia stato esercitato secondo modalità e tempi rispondenti ad un interesse del titolare meritevole di tutela, piuttosto che al solo scopo di recare danno all'altra parte»<sup>(59)</sup>.

In quest'ottica, i giudici di legittimità hanno di recente stabilito che il sindacato del giudice di merito sulla conformità alla regola di correttezza dell'esercizio di un diritto di recesso *ad nutum* (da un contratto di concessione di vendita da parte di una casa automobilistica) deve essere condotto "in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di *correttezza dei comportamenti economici*."<sup>(60)</sup> Deriva che è scorretto il comportamento della casa automobilistica che recede dal contratto di concessione di vendita non già per esigenze di ristrutturazione della rete di distribuzione, ma per ridurre il proprio personale senza onere finanziario: in questo caso, infatti, il recesso viene esercitato per conseguire obiettivi del tutto estranei alla causa del contratto.<sup>(61)</sup>

<sup>(59)</sup> Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1845 ss.

<sup>(60)</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. it.*, 2010, p. 556, con nota di F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica* (*ivi*, p. 560 ss.); in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Contratti*, 2010, p. 5 ss., con commento di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Danno e resp.*, 2010, p. 347 ss.; v. anche i commenti di F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 129 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, *ivi*, p. 139 ss.; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, *ivi*, p. 148 ss.; M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 41 ss.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, p. 524 ss.

<sup>(61)</sup> Cfr. F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss. V. anche Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, c. 4679, e Cass., 22 novembre 2000, n. 15066, in *Contratti*, 2001, p. 791, in tema di recesso della banca da un contratto di apertura di credito; Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 e Cass., 17 luglio 2007, n. 15942, in *Mass. Foro it.*, 2007, entrambe in tema di abuso del diritto di voto del socio di società di capitali.

In conclusione, l' utilità pratica del concetto di abuso del diritto, se non vuol essere del tutto sconosciuta, parlando di categoria parassita<sup>(62)</sup>, deve necessariamente essere rinvenuta non tanto nell'esigenza di stemperare l'esercizio assolutamente discrezionale dei diritti<sup>(63)</sup>, bensì nel richiamare l'attenzione dell'interprete sulla generale applicazione, a tutti i rapporti patrimoniali, del fondamentale canone della correttezza.

Pertanto, tutte le volte in cui due parti entrano in relazione (o in contatto) allo scopo di concludere una determinata operazione economico-giuridica, la clausola generale di correttezza permette di sottoporre ad un controllo giudiziale il comportamento da essi tenuto per la realizzazione dei propri interessi, al fine di dare protezione, nel sorgere di un conflitto giuridico, all'interesse che appare maggiormente meritevole di tutela.

In particolare, il conflitto giuridico concerne l'assetto economico-normativo del contratto, quale si è venuto delineando nel corso della formazione del vincolo, ovvero le modalità esecutive del rapporto (correttezza o buona fede *in executivis*). Il giudizio di meritevolezza è condotto sulla base dei principi costituzionali posti a presidio del funzionamento del mercato in senso concorrenziale, nel rispetto del supremo meta-valore della dignità umana.

---

<sup>(62)</sup> R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 373.

<sup>(63)</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 86.

ALESSIA VALONGO\*

## TRASPARENZA DEI PAGAMENTI E NULLITÀ DEL CONTRATTO NEL NUOVO REGIME ANTIRICICLAGGIO

SOMMARIO: 1. Il principio di trasparenza nell'ambito del rinnovato decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231. — 2. La nuova normativa antiriciclaggio sulle limitazioni dell'uso dei contanti e dei titoli al portatore. — 3. La violazione della regola della tracciabilità dei pagamenti e la possibile incidenza sull'atto. — 4. L'indicazione delle modalità di pagamento nei trasferimenti immobiliari e le particolari implicazioni sull'attività notarile. — 5. La speciale nullità prevista dalla legge antimafia sui contratti pubblici. — 6. La nullità dell'operazione contrattuale compiuta in funzione del riciclaggio.

1. — *Il principio di trasparenza nell'ambito del rinnovato decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231.*

Il lavoro si incentra sull'individuazione di alcuni aspetti innovativi della normativa antiriciclaggio, che, pur avendo avuto la sua prima formulazione nei primi anni novanta, è attualmente contenuta, principalmente, nel decreto legislativo del 21 novembre 2007 n. 231, più volte modificato - recentemente ad opera dell'art. 12, c. 1, del decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201 ("decreto salva Italia" nell'ambito della c.d. manovra Monti).

La portata originale del d. lgs. 2007 n. 231, sul piano del diritto privato delle obbligazioni e del contratto in generale<sup>(1)</sup>, si evidenzia nell'aver contribuito

---

\* Università degli Studi di Perugia.

<sup>(1)</sup> Sulle problematiche introdotte in tema di obbligazioni pecuniarie dalla disciplina sulla limitazione dell'uso dei contanti, v. B. INZITARI, G. VISINTINI e A. DI AMATO, *Moneta e valuta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econom.* diretto da F. Galgano, VI, Padova, 1983; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 9, I, Torino, 1984, p. 431 ss.; L. BARBIERA e G. CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, a cura di G. Conso, Milano, 1991, pp. 63-94; G. OLIVIERI, *Sistemi di pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXIII, Roma, 1995, p. 1; ID., *La rilevanza del tempo nei sistemi di pagamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 2000, I, p. 161; A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 276; B.

in modo determinante a quel processo che viene definito come “smaterializzazione” del denaro<sup>(2)</sup> e nell’aver incentivato l’uso di strumenti di pagamento diversi dal denaro contante. Gradualmente, accanto alla concezione «reale», si è affermata la concezione «virtuale» del pagamento, in base alla quale l’adempimento dell’obbligazione pecuniaria si realizza con il trasferimento di astratte disponibilità monetarie nella sfera giuridica del creditore<sup>(3)</sup>.

Attualmente, a seguito delle ultime modifiche introdotte dalla Manovra Monti all’art. 49 del d. lgs. 2007 n. 231, tutti i pagamenti delle obbligazioni pecuniarie di importo pari o superiore a 1.000 euro non possono essere effettuati in contanti, ma esigono il ricorso a determinati intermediari, richiedendo l’uso di strumenti di trasferimento di denaro in grado di lasciare tracce utili ai fini di eventuali indagini<sup>(4)</sup>.

---

INZITARI, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, spec. p. 19 e p. 398; A. RICCIO, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Le obbligazioni, I. L’obbligazione in generale*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, pp. 1011-1025; G. CARRIERO e V. SANTORO (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2005.

<sup>(2)</sup> Così, tra gli altri, G. COLLURA, *Problemi civilistici in tema di art. 1, 1 bis, e 1 ter l. 197/91*, in *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di C. G. Corvese e V. Santoro, Milano, 1996, p. 650.

<sup>(3)</sup> Sullo sviluppo di sistemi di pagamento innovativi, v. F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici della monetica*, in *Il commercio elettronico. Il documento digitale, internet, la pubblicità on line* a cura di C. Vaccà, Milano, 1999, p. 119; G. STUMPO, *Il quadro tecnico e normativo di riferimento degli strumenti di pagamento on line*, in *Dir. comm. int.* 2001, 685 ss..

<sup>(4)</sup> La soglia, stabilita come limite al pagamento in contanti, era stata elevata a 12.500 euro per effetto del decreto legge 2008 n. 112, mentre, in precedenza, era stabilita a 5.000 euro. Successivamente, la soglia è stata riportata a 5.000 euro dal decreto legge 31 maggio 2010 n. 78, convertito nella legge 30 luglio 2010 n. 122, che reca precisazioni volte a ridurre il rischio di abusi economici, finanziari e tributari attuati mediante l’utilizzo di denaro contante. A partire dal 13 agosto 2011, il limite dei 5.000 euro era stato ridotto a 2.500 euro, in forza dell’art. 2, comma 4 del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138, recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo” (pubblicato in G.U. del 13 agosto 2011 n. 188 e convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), che aveva modificato la norma di cui all’art. 49 del d. lgs. 2007 n. 231 nei punti in cui la soglia era fissata a 5.000 euro. Il pagamento mediante contanti era consentito fino alla soglia di 2.499 euro. Ora l’obbligo della tracciabilità dei pagamenti scatta per importi pari o superiori a 1.000 euro, a seguito delle modifiche introdotte dall’art. 12, c. 1, del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici,

Le limitazioni all'impiego dei contanti non sembrano comprimere l'autonomia negoziale, la libera prestazione dei servizi finanziari e la libera circolazione dei capitali, ma, al contrario, dovrebbero stimolare la crescita del Paese, salvaguardare l'integrità, la stabilità e il regolare funzionamento del sistema economico e finanziario, assicurando il corretto svolgimento della concorrenza, nel pieno rispetto dei principi comunitari<sup>(5)</sup>. L'Unione Europea, infatti, offre ai suoi cittadini "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne", nel quale la libera circolazione delle persone deve essere assicurata insieme a "misure appropriate" per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne e per quanto riguarda "la prevenzione della criminalità" (art. 3, c. 2, del Trattato sull'Unione Europea). La lotta al riciclaggio costituisce proprio una di queste misure per opporsi alla criminalità organizzata e ad altri fatti che costituiscono una grave minaccia per la società civile.

Il d. lgs. 2007 n. 231, si è prefisso l'obiettivo di contrastare sia le azioni volte a riciclare il denaro "sporco", che trae origine da un'attività criminosa e che, una volta "ripulito", viene reimmesso nei circuiti economici legali, sia le attività di raccolta del denaro "pulito", derivante da attività regolarmente esercitate, destinato, però, al finanziamento del terrorismo.

Il tema del riciclaggio<sup>(6)</sup>, date le strette connessioni con la commissione di

---

pubblicato in G.U. n. 284 del 6 dicembre 2011, Suppl. Ord. n. 251), intitolato "Riduzione del limite per la tracciabilità dei pagamenti a 1.000 e contrasto all'uso del contante". Per la violazione delle nuove disposizioni sono previste sanzioni amministrative dall'1 % al 40% dell'importo trasferito.

<sup>(5)</sup> Così, V. FUCILE e D. SICLARI, *Sistemi di pagamento e misure di riciclaggio*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, a cura di M. Condemi e F. De Pasquale, 2008, n. 60, p. 369 ss., spec. p. 382.

<sup>(6)</sup> Per un quadro generale del fenomeno, v. G. M. FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss.; L. MAGISTRO, *Riciclaggio di capitali illeciti*, Milano, 1991, p. 3 ss.; G. AMATO, *Il riciclaggio del denaro "sporco"*, Roma, 1993, p. 17 ss.; L. FERRAJOLI, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 1994, p. 3 ss.; E.U. SAVONA, *Luci e ombre di un esperimento regionale. La direttiva anti-riciclaggio dell'Unione europea*, in *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di C. G. Corvese e V. Santoro, cit., p. 86 ss.; E. CASSESE, *Il controllo pubblico del riciclaggio finanziario*, Milano, 1999, p. 44 ss.; A. DI AMATO, *Contratto e reato, Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 228, il quale individua nel riciclaggio tre fasi: il *placement*, vale a dire l'allocazione dei proventi illeciti presso intermediari o direttamente nel mercato, attraverso l'acquisto di beni; il *layering*, cioè il compimento di

reati, è stato tradizionalmente considerato prerogativa dei penalisti. Si tratta, tuttavia, di un problema che interessa anche gli studiosi del diritto civile, che se ne sono occupati sia in relazione all'incidenza delle norme limitative dell'uso dei contanti sul regime delle obbligazioni pecuniarie, sia in relazione ai compiti assegnati ai professionisti nell'attività di consulenza e alle implicazioni con la disciplina della redazione dei contratti. È su quest'ultimo aspetto che si concentra la nostra attenzione.

In primo piano si pone il mutamento di prospettiva che caratterizza l'approccio normativo di contrasto, a tutto campo, del fenomeno. In questa direzione il legislatore, nell'ultimo ventennio, ha ampliato il suo raggio di azione, individuando strumenti originali improntati al primato della "promozione" rispetto alla "repressione".

In dottrina <sup>(7)</sup>, già da diverso tempo, è presente la convinzione che la malavita organizzata deve essere combattuta non solo mediante la previsione di sanzioni, come ad esempio la confisca <sup>(8)</sup> e il sequestro dei

---

operazioni finanziarie volte ad ostacolare la rintracciabilità della loro provenienza; la *integration*, ossia la reimmissione dei capitali nei circuiti finanziari ordinari. Per i profili penalistici, S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Milano, 2009, p. 11 ss.; R. RAZZANTE, *Il riciclaggio nella giurisprudenza*, Milano, 2011, p. 43 ss.

<sup>(7)</sup> U. DE CRESCENZO, *Art. 2. Obblighi di identificazione e di registrazione*, in *Commentario al decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, nel testo coordinato con la l. di conversione 5 luglio 1991, n. 197*, a cura di B. Inzitari, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 988; V. BUONOCORE, *I riflessi sul diritto privato della normativa antiriciclaggio*, in *Il riciclaggio dei proventi illeciti tra politica criminale e diritto vigente*, a cura di E. Palombi, Napoli, 1996, p. 177 ss.; M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, p. 63 ss.; B. INZITARI, *Profili del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 396 ss. Più di recente, A. DI AMATO, *Contratto e reato, Profili civilistici*, cit., pp. 8-9; R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Torino, 2006, p. 1 ss.

<sup>(8)</sup> La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope - aperta alla firma a Vienna il 20 dicembre 1988 ed entrata in vigore nel nostro Paese il 31 marzo 1991 - disciplina le misure di confisca che gli Stati devono intraprendere al loro interno, prevedendo la cooperazione internazionale volta all'esecuzione di confische su domanda di uno Stato estero. La Convenzione delle Nazioni Unite, all'art. 5, detta una disciplina complessa delle misure di confisca che gli Stati devono intraprendere al loro interno, prevedendo due diversi sistemi. Sul punto, v. E.U. SAVONA, *Luci e ombre di un esperimento regionale. La direttiva anti-riciclaggio dell'Unione europea*, in *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di C. G. Corvese e V. Santoro, cit., pp. 117-118, il quale chiarisce

beni<sup>(9)</sup>, operanti sul presupposto che il reato sia stato già accertato, ma anche attraverso regole civilistiche, che prescindono dalla condanna in sede penale e che, più specificamente rivolte al futuro, mirano ad evitare che il sistema economico e finanziario sia utilizzato a scopo di riciclaggio<sup>(10)</sup>. Del resto, in un ordinamento fondato sulla tutela della persona come valore supremo da attuare, nel quale l'apparato statale e le strutture pubbliche sono mezzi per realizzare tale valore, alla giustizia civile deve essere riconosciuta una funzione primaria rispetto alla giustizia penale, repressiva e sanzionatoria<sup>(11)</sup>. La consapevolezza dell'insufficienza delle strategie tradizionali rispetto al problema della criminalità organizzata ha portato alla ricerca di strumenti che tendano non solo all'impoverimento delle organizzazioni criminali, ma che impediscano, specialmente in chiave di prevenzione, l'occultamento della ricchezza di provenienza illecita; ciò attraverso misure volte a far emergere le attività economicamente rilevanti e a consentirne il controllo, favorendo la completa trasparenza del mercato.

Il principio generale di trasparenza<sup>(12)</sup>, che, nel moderno diritto dei con-

---

che, nel primo sistema, la confisca è “un atto corrispondente grosso modo alle previsioni della legge penale, che consiste nell'acquisizione da parte dello Stato di un bene collegato al compimento di un reato determinato; nell'altro sistema, la confisca (c.d. di valore) è regolata secondo un istituto oggi accolto da alcuni ordinamenti e attuato mediante l'acquisizione di beni la cui origine può essere del tutto estranea al reato in questione, purchè il relativo valore si corrisponde a quello dei beni oggetto di procedimento”.

<sup>(9)</sup> Sui beni confiscati e sequestrati, v. S. MAZZARRESE e A. AIELLO, *«Le misure patrimoniali antimafia»*, Milano, 2010.

<sup>(10)</sup> Sull'importanza che il diritto civile ha avuto nel contrasto del riciclaggio nel Regno Unito, v. BARRY A.K. RIDER, *Developments in the role of the civil law in money laundering control*, in *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di C. G. Corvese e V. Santoro, cit., p. 325 ss.

<sup>(11)</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, I, p. 25.

<sup>(12)</sup> In relazione ai contratti bancari e ai contratti di investimento, il principio di trasparenza implica una serie di obblighi: pubblicità delle condizioni generali di contratto, forma scritta a pena di nullità, consegna di una copia del contratto al cliente, indicazione dei tassi di interessi e di ogni altro prezzo praticato, conformità del contratto ad un contenuto normativamente predeterminato (artt. 117 t.u.b.); comportamento degli intermediari finanziari, improntato a dialogo e comunicazione reciproca, che permetta consapevoli scelte di inve-

tratti, vuol dire conoscibilità delle condizioni contrattuali, chiarezza e comprensibilità del contenuto delle clausole, si arricchisce grazie alla disciplina in esame, acquistando il significato di trasparenza nel mercato, nel senso di controllo delle informazioni finanziarie.

Le regole sulla tracciabilità dei pagamenti, sulla raccolta dei dati relativi alle movimentazioni di denaro e sul completo monitoraggio delle operazioni economiche consentono l'identificazione dei soggetti interessati da operazioni che potrebbero permettere la conservazione e l'incremento dei capitali di provenienza illecita.

Il principio di trasparenza ha conferito coerenza e sistematicità alla disciplina antiriciclaggio, ispirando le norme del d. lgs. 2007 n. 231, sia quelle che regolano i pagamenti in generale, sia quelle rivolte a specifici destinatari, coinvolti nelle operazioni economiche in considerazione dell'attività imprenditoriale o professionale svolta.

Le norme antiriciclaggio, che si sono succedute nel tempo, hanno imposto numerosi obblighi, che, per il loro carattere dettagliato e preciso, confermano il valore della trasparenza come principio generale, autonomo e

---

stimento, nell'interesse non solo del cliente, ma anche dell'integrità dei mercati (art. 21, c. 1, lett. a) t.u.f.). Sul tema della trasparenza in materia contrattuale, v. P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, p. 301 ss.; V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli-Camerino, 1994, p. 609; ID., *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, 1997, p. 9 ss.; ID., sub art. 1469 quater, in C. M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *Comm. al Capo XIV bis del Codice civile: dei contratti con il consumatore* (art. 1469 bis-1469 sexies), Padova, 1999, p. 783 ss.; P. GAGGERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 1995, p. 388; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 94 ss.; ID., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 129 ss.; ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, p. 72 ss.; A. NIGRO, *Disciplina della trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1999, p. 515; A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXI, Roma, Agg., 1999, p. 1 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 391; G. ALPA, *La trasparenza bancaria*, Bari, 2003, p. 201 ss.; ID., *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Vita not.*, 2004, p. 663 ss.; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, in E. GABRIELLI e E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2005, p. 365.

distinto da quello di buona fede. Mentre la buona fede, dalla portata ampia e generica, si esplicita in regole di lealtà e correttezza, il cui contenuto deve essere riempito dal giudice nel caso concreto<sup>(13)</sup>, la trasparenza trova fondamento in specifiche regole derivanti dal diritto positivo, emanate principalmente in attuazione di direttive comunitarie.

Nel d. lgs. 2007 n. 231, come nel testo unico bancario e in quello finanziario, il contenuto delle informazioni non è affidato all'elaborazione giurisprudenziale, ma è dettato analiticamente da norme di matrice europea riconducibili al diritto comune dei privati<sup>(14)</sup>.

Queste regole individuano anche al di fuori del diritto penale strumenti efficaci per combattere le condotte illecite, nella convinzione della maggiore duttilità delle tecniche di tutela civili e amministrative. Tali tecniche, infatti, da un lato, sono in grado di contrastare i crimini in via preventiva, mediante precetti che prescrivono l'identificazione di persone, la comunicazione di dati, la segnalazione di operazioni, ma anche mediante prescrizioni di forma e di contenuto contrattuale e, dall'altro, costituiscono meccanismi di repressione, che si sostanziano, principalmente, in sanzioni di carattere pecuniario<sup>(15)</sup>.

Di recente emersione è, inoltre, la tendenza del legislatore civile ad inasprire le sanzioni, che giungono fino a colpire la fattispecie contrattuale.

Nella recente disciplina antimafia di cui al d.l. 12 novembre 2010 n. 187<sup>(16)</sup>, quando la violazione delle norme antiriciclaggio riguarda la categoria dei contratti di lavori, servizi o forniture conclusi con la pubblica amministrazione, è stabilita espressamente la nullità con riferimento al contratto

---

<sup>(13)</sup> Così, con riferimento alla buona fede come fonte di "applicazione del diritto giurisprudenziale", F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, II, in *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, p. 631.

<sup>(14)</sup> COSÌ, G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, p. 185.

<sup>(15)</sup> Per una concisa sintesi delle sanzioni previste dal nuovo sistema di contrasto del riciclaggio, v. L. PISTORELLI, *La normativa antiriciclaggio introdotta dal D.L.G. 21 novembre 2007, n. 231*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2468 ss.

<sup>(16)</sup> CON RIGUARDO alla speciale disciplina antimafia prevista nel d.l. 12 novembre 2010 n. 187, si rinvia, al par. 5.

pubblico privo della clausola con cui la stazione appaltante si obbliga alla tracciabilità dei pagamenti secondo le modalità normativamente stabilite; la risoluzione automatica del contratto, invece, è prevista per l'ipotesi di mancato utilizzo, in sede di versamento del prezzo, dei mezzi prescritti dalla legge per garantire la tracciabilità dei flussi finanziari.

Le riflessioni su tale disciplina, riferita ad una categoria così ampia e rilevante come quella dei contratti pubblici, inducono il civilista ad interrogarsi in ordine alle possibili conseguenze dell'inosservanza della tracciabilità del pagamento, sul piano della validità del contratto in generale. Si pone la questione se un qualsiasi contratto, che costituisca la fonte di un'obbligazione pecuniaria adempiuta in violazione alle suddette regole, sia assoggettabile alla sanzione di nullità, in mancanza di un'espressa previsione normativa in tal senso ed in conseguenza di un comportamento contrario alle norme antiriciclaggio. La soluzione al problema non può essere data in modo univoco e astratto, ma valuta attentamente, secondo il metodo casistico<sup>(17)</sup>, tutte le circostanze e le peculiarità del caso concreto.

A tal fine, occorre superare ogni atteggiamento dogmatico<sup>(18)</sup>, che, sulla

---

<sup>(17)</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., I, pp. 348-349, il quale afferma che "In primo luogo è doveroso compiere un'analisi meticolosa del caso concreto (metodo casistico); poi, anziché sussumerlo nella fattispecie astratta o in un tipo secondo l'ordinamento di riferimento, va individuata la normativa da applicare in modo che risulti la più ragionevole e adeguata".

<sup>(18)</sup> Sul concetto di "dogmatismo", come "atteggiamento di chi accetta acriticamente idee tramandate" e sulla sua distinzione dalla "dogmatica" quale "ricerca dei concetti e dei principi più generali che caratterizzano un ordinamento giuridico", si veda A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, *Dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, p. 223 ss., spec. p. 256, p. 263, p. 293 e pp. 298-299, il quale sottolinea il permanente ruolo della dogmatica, destinata a durare nel tempo come guida dell'attività scientifica, senza contraddire il continuo divenire della realtà giuridica. A favore del superamento del dogmatismo, che non permette all'interprete di cogliere il significato autentico della realtà giuridica, v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., II, p. 558 ss., spec. pp. 618-619, il quale afferma che "Dal confronto fatto-norma si individua il significato giuridico da riservare a quel fatto concreto e l'ordinamento assume un significato reale, senza perdere la sua intrinseca funzione di "ordinare". Chiarisce, altresì, che "La teoria dell'interpretazione (intesa come unità di interpretazione e qualificazione) supera la contrapposizione tra fattispecie astratta e fattispecie

base di regole ermeneutiche assolute e immutabili, condurrebbe al distacco del diritto dalla realtà effettiva e occorre interpretare l'intera disciplina antiriciclaggio secondo il ragionamento sistematico e assiologico, che coordina le singole regole, sia nei reciproci rapporti, sia, soprattutto, in relazione ai principi dell'ordinamento giuridico, interno e comunitario, nonché alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

I doveri di condotta introdotti dal d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231 non riguardano più, come prevedeva la prima direttiva antiriciclaggio - n. 1991/308/CEE - gli uffici della pubblica amministrazione, gli intermediari bancari e finanziari, le imprese assicurative e altri attori del sistema finanziario, ma si rivolgono ad altre categorie di operatori economici. Quali "Soggetti destinatari degli obblighi?" previsti dal Capo III dello stesso decreto antiriciclaggio, sono presi in considerazione, sulla scia già tracciata dalla seconda direttiva antiriciclaggio - n. 97 del 4 dicembre 2001<sup>(19)</sup> - i c.d. *gatekeepers*, vale

---

concreta, e mira alla massima valorizzazione delle particolarità del fatto. Ciò non mediante un meccanico procedimento di sussunzione in rigidi (e non del tutto corrispondenti) schemi legislativi, ma individuando la normativa maggiormente compatibile con gli interessi e i valori in gioco, secondo la gerarchia che di essi propone l'ordinamento e tenendo conto di tutte le circostanze attenuanti e aggravanti del caso, sì da relativizzare la decisione senza venir meno al principio di uguaglianza. Si tratta di valutare il fatto - analizzandolo anche in quelle che potrebbero apparire condizioni o modalità marginali od accessorie -, di individuare la normativa del caso concreto alla luce delle regole e dei principi, ricercando nell'ambito dell'ordinamento la disciplina più adeguata a quel determinato assetto di interessi"; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 173 ss., spec. p. 174 p. 338 e p. 342.

<sup>(19)</sup> PIÙ ESATTAMENTE, LA norma di cui all'art. 2 *bis* della seconda direttiva del 2001 ha esteso gli obblighi preventivi antiriciclaggio ad alcune categorie di professionisti, quali avvocati, notai, commercialisti, revisori contabili, agenti immobiliari, commercianti di arte e di preziosi, case da gioco. Su questi soggetti vengono a gravare articolati doveri comportamentali, ciascuno dei quali risponde a precise finalità. In precedenza, le basi per l'ampliamento degli obblighi antiriciclaggio anche agli operatori economici non finanziari, legali e contabili, erano state gettate dal d.lgs. 25 settembre 1999 n. 374, relativo alla "Estensione delle disposizioni in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita ed attività finanziarie particolarmente suscettibili di utilizzazione a fini di riciclaggio, a norma dell'articolo 15 della legge 6 febbraio 1996, n. 52". Successivamente, la terza direttiva del 2005 n. 60 ha ricompreso nell'ambito applicativo degli obblighi antiriciclaggio anche altre persone, fisiche o giuridiche, che negoziano beni, soltanto quando il pagamento è effettuato in contanti per

a dire coloro che, svolgendo professioni di carattere giuridico ed economico, pongono in relazione i loro clienti con il mondo delle finanze<sup>(20)</sup>.

Le problematiche civilistiche affrontate nel presente studio sono legate, essenzialmente, al ruolo svolto dai professionisti del settore giuridico, nel momento in cui prestano assistenza ad operazioni di tipo economico e finanziario, controllando i canali di accesso al sistema finanziario. Il loro contributo è particolarmente rilevante per il supporto dato alle autorità preposte istituzionalmente al contrasto della criminalità e, dunque, per la specificità di essere un punto di contatto tra privato e pubblico.

L'espressione "professionisti", utilizzata dalla norma di cui all'art. 12 del d.lgs. 2007 n. 231, indica come destinatari della disciplina - oltre ai soggetti iscritti nell'albo dei dottori commercialisti, degli esperti contabili, dei consulenti del lavoro ed altri soggetti che rendono servizi commerciali e tributari analoghi - i notai e gli avvocati quando, in nome o per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni, quali trasferimenti immobiliari, altre attività economiche, gestione di denaro, di strumenti finanziari o di altri beni, apertura o gestione di conti correnti bancari, libretti di deposito e conti di titoli, costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi.

Si è avuto, pertanto, un ampliamento delle persone direttamente coinvolte, che sono chiamate ad adottare appropriate procedure di controllo della clientela e di comunicazione alle pubbliche autorità non solo delle infrazioni

---

un importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che la transazione sia effettuata con una operazione unica o con diverse operazioni che appaiono collegate.

<sup>(20)</sup> Si fa riferimento ai professionisti indicati dall'art. 12 del d. lgs. 2007 n. 231, ai revisori contabili ed altri soggetti la cui attività è subordinata al rilascio di licenze e di autorizzazioni all'iscrizione in appositi albi o registri. Le disposizioni del d.lgs. 2007 n. 231 si applicano, altresì, alle società di revisione iscritte nell'albo speciale, ai soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili (art. 13), nonchè ad altri soggetti iscritti in appositi albi o registri, il cui esercizio resta subordinato al rilascio di licenze o autorizzazioni, come, ad esempio, i soggetti che svolgono attività di recupero crediti, per conto terzi, di gestione di case da gioco, di offerta, anche mediante rete telematica, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro, agenzia di affari in mediazione immobiliare (v. art. 14).

alla disciplina antiriciclaggio, ma anche dei sospetti di riciclaggio, assumendo compiti che prima non li riguardavano, di interesse squisitamente generale, in quanto strettamente funzionali alla prevenzione dei reati.

La consapevolezza della dimensione pubblicistica e privatistica dell'intero regime antiriciclaggio permette di affrontare in modo adeguato le questioni applicative del sistema in esame<sup>(21)</sup>. La corretta impostazione interpretativa, infatti, non si basa sulla contrapposizione tra diritto civile e diritto penale quali settori precostituiti ispirati a principi autonomi, ma si fonda sull'unitarietà dell'ordinamento ed impone lo studio del singolo problema alla luce dei principi ispiratori presenti in ogni sua parte e, in primo luogo, nella Costituzione<sup>(22)</sup>.

In questo campo ogni problema va risolto sulla base del principio costituzionale che mira alla tutela di un'economia libera, trasparente e corretta, conformandosi all'utile sociale (art. 41 Cost.). La disciplina antiriciclaggio è volta, altresì, a dare diretta attuazione al principio di tutela del risparmio (art. 47 Cost.<sup>(23)</sup>), che non detta prescrizioni di comportamento per specifici destinatari, ma formula una scelta di valori, lasciando al legislatore la disciplina degli istituti, delle procedure e delle tecniche per il perseguimento degli scopi di controllo dell'attività creditizia e di trasparenza del mercato bancario e finanziario.

---

<sup>(21)</sup> C. VILLANI, *Finanza innovativa e disciplina pubblicistica di contrasto del riciclaggio*, in *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, a cura di C. Rossano e D. Siclari, Padova, 2006, p. 665 ss.; V. FUCILE e D. SICLARI, *Sistemi di pagamento e misure di riciclaggio*, cit., p. 382.

<sup>(22)</sup> Per il superamento dell'impostazione dogmatica, che analizza la realtà secondo rigidi schemi giuridico-formali, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., I, pp. 138-148, il quale richiama le numerose tematiche del diritto civile che hanno corrispondenza o effetti in diritto penale.

<sup>(23)</sup> Sulla tutela del risparmio nella Costituzione, v. L. LENTI, *Risparmio*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1969, XVI, p. 152; G. VISENTINI, *Credito e risparmio*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, X, p. 1 ss.; G. MINERVINI, *Impresa bancaria e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 261; F. MERUSI, *Comm. sub art. 47 Cost.*, in *Codice comm. della banca*, a cura di F. Capriglione e V. Mezzacapo, Milano, 1990, I, p. 22 ss.; G. MOLLE, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1980, p. 194 ss.; P. PERLINGIERI e M. MARINARO, *Commento alla costituzione italiana*, a cura di P. Perlingieri, sub art. 47, Napoli, 2001, p. 324 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, p. 132 ss.

Detti principi costituzionali hanno trovato attuazione in vari interventi legislativi dell'ultimo ventennio, tutti tesi all'espansione delle tecniche di limitazione dell'autonomia privata, in funzione realizzatrice dell'utilità sociale e dello sviluppo economico<sup>(24)</sup>. Tra questi interventi normativi, la disciplina antiriciclaggio, attraverso forme di controllo che limitano, in vario modo, l'autonomia negoziale, mostra una convergenza con gli obiettivi di efficienza, di stabilità, di buon funzionamento e competitività dei mercati (v. art. 5, t.u.b. e art. 5 t.u.f.) perseguiti dal testo unico bancario e dal testo unico delle finanze. Tali finalità, che sarebbero frustrate da ogni fatto che comporti il riciclaggio di denaro, si configurano quali criteri guida nella soluzione delle problematiche sollevate nel corso del lavoro.

Con riferimento ai doveri comportamentali imposti dal d.lgs. 2007 n. 231, che hanno come destinatari una pluralità di categorie professionali, la giusta chiave di lettura, in grado di consentire la mediazione tra la fattispecie astratta e il caso concreto, è offerta dal precetto dettato dall'art. 3, comma 4, d. lgs. 2007 n. 231. Tale norma, dopo aver imposto vari compiti di collaborazione attiva con le pubbliche autorità, richiede che l'applicazione delle misure previste dal decreto sia "proporzionata alla peculiarità delle varie professioni e alle dimensioni dei destinatari della presente normativa". Ciò implica la necessità che l'assolvimento dei doveri antiriciclaggio avvenga secondo modalità e criteri distinti, in ragione delle differenze sostanziali tra i destinatari, in termini di organizzazione del lavoro e di disponibilità di risorse. In quest'ottica, a ciascun professionista andrà riconosciuto il potere

---

<sup>(24)</sup> Si pensi alla legge *antitrust* del 10 ottobre 1990 n. 287, che, vietando le «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose» imposte alla parte debole dall'impresa che si trova in posizione dominante nel mercato (v. art. 3, c. 1, lett. a), ha limitato l'iniziativa economica dei singoli laddove il suo esercizio, tramite intese, concentrazioni vietate o sfruttamento abusivo di posizione dominante, pregiudichi la permanenza di una struttura concorrenziale del mercato. Nella direzione indicata nel testo, tra gli altri provvedimenti normativi, si rammentano, a titolo meramente esemplificativo: la l. 6 febbraio 1996 n. 52 sulle clausole abusive nei contratti coi consumatori; il d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (testo unico in materia bancaria), il d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (testo unico in materia finanziaria); la legge 18 giugno 1998 n. 192 in tema di subfornitura; il d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; il d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (codice del consumo); il d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (codice delle assicurazioni private).

di valutare e decidere discrezionalmente le modalità della condotta da tenere nell'adozione degli strumenti antiriciclaggio, in rapporto alla peculiare area operativa e al tipo di funzione esercitata.

Di qui la necessità di diversificare le soluzioni interpretative distinguendo le varie operazioni contrattuali poste in essere nello svolgimento dell'attività professionale e di esigere maggiore rigore dai comportamenti del notaio nella fase precedente, contemporanea e successiva alla redazione del contratto, in considerazione della particolare efficacia pubblica riconosciuta agli atti dallo stesso rogati ai sensi dell'art. 2700 c.c.

2. — *La nuova normativa antiriciclaggio sulle limitazioni dell'uso dei contanti e dei titoli al portatore.*

Il decreto legislativo 2007 n. 231, sotto la spinta del diritto comunitario<sup>(25)</sup>

---

<sup>(25)</sup> Fondamentale è la portata del recepimento di diverse direttive comunitarie, che, allineandosi ai principi generali riconosciuti a livello internazionale, hanno innovato il sistema italiano, sia sotto il profilo formale che sostanziale, modificando non solo il panorama dei soggetti che possono essere coinvolti nelle vicende del riciclaggio, ma anche i contenuti dei doveri comportamentali posti dalla legge 5 luglio 1991 n. 197, con forti ripercussioni sul piano del diritto civile. Oltre alla prima direttiva n. 1991/308/CEE, relativa alla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose, la seconda direttiva comunitaria n. 97 del 4 dicembre 2001 e la terza direttiva n. 60 del 26 ottobre 2005, costituiscono la base dell'attuale sistema giuridico antiriciclaggio. Il legislatore italiano ha dato esecuzione alla seconda direttiva antiriciclaggio n. 2001/97/CE con l'approvazione del d.lgs. 20 febbraio 2004, n. 56, che ha apportato incisivi mutamenti alla materia in esame. La novità più sensibile è rappresentata dall'ampliamento dello spettro applicativo della normativa a soggetti diversi dai tradizionali destinatari. Il d. lgs. 2007 n. 231, emanato in attuazione della terza direttiva 2005/60/CE e della direttiva n. 2006/70/CE recante misure di esecuzione è stato aggiornato, in un primo momento, ad opera del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, ed è stato successivamente riformato con il d.lgs. 2009, n. 151 (c.d. decreto correttivo), finalizzato a chiarire alcuni dubbi interpretativi emersi nelle prime applicazioni della rinnovata disciplina. Sul decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, v. M. KROGH, *Le novità introdotte dal D.L. 112/2008 alle limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore*, in *Notariato*, 2008, p. 540 ss.

e del diritto internazionale<sup>(26)</sup>, ha abrogato la prima legge 1991 n. 197 sulla limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore, perseguendo, con maggiore rigore, lo stesso primario obiettivo di identificare i reali beneficiari delle operazioni<sup>(27)</sup>. L'intera disciplina è stata rivisitata in modo da accentuare i profili della prevenzione dell'utilizzo del sistema economico finanziario non solo a scopo di riciclaggio, ma anche di finanziamento del terrorismo.

Il d.lgs. 2007 n. 231 sembra porsi in linea di semplice continuità con la precedente disciplina; in realtà, diversi sono i profili di novità che emergono rispetto alla legislazione previgente. Tra l'altro, è stata vietata l'apertura di conti e di libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia, sia in Italia che all'estero (v. art. 50).

---

<sup>(26)</sup> Le sollecitazioni che hanno condotto a nuovi interventi normativi in materia provengono, innanzi tutto, dalle 40 Raccomandazioni adottate dal Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) per favorire l'armonizzazione degli ordinamenti dei Paesi aderenti. Il GAFI è un organismo intergovernativo indipendente, costituito a Parigi nel 1989 in occasione del vertice dei Capi di Stato e di Governo dei Paesi più industrializzati (c.d. "G7"), composto dai rappresentanti di 26 Stati, più la Commissione Europea ed il Consiglio per la cooperazione del Golfo. Il segretario del GAFI si trova presso l'Ocse (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), che è composto da 29 membri: Argentina, Australia, Austria, Belgio, Brasile, Canada, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Grecia, Hong Kong, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Singapore, Spagna, Stati Uniti, Svezia, Svizzera, Turchia. Tra gli obiettivi del GAFI, di fondamentale rilievo sono l'elaborazione di un rapporto annuale relativo alle misure di contrasto al riciclaggio indispensabili per tutti i Paesi aderenti, la verifica della conformità della legislazione e della prassi di ogni singolo Paese alle raccomandazioni, l'aggiornamento costante, nei confronti delle autorità nazionali e sovranazionali, sulle nuove tecniche e misure antiriciclaggio più evolute, l'elaborazione di un programma di relazioni tra i Paesi aderenti e non aderenti al GAFI, al fine di massimizzare la lotta al riciclaggio a livello internazionale. Le 40 Raccomandazioni del GAFI (*The forty recommendations on money laundering*), adottate nel 1990 e poi riviste nel 1996 e riformate nel 2003, sono consultabili sul sito [www.uif.bancaditalia.it](http://www.uif.bancaditalia.it). Sull'influsso del GAFI nella lotta al riciclaggio, v. L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Milano, 2005, p. 165 ss.; S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, cit., p. 37 ss.; M. GARA e A. PAVESI, *Il Gruppo di Azione Finanziaria (GAFI/FATF)*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, a cura di M. Condemi e F. De Pasquale, cit., p. 51 ss.

<sup>(27)</sup> M. LEO, *Limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore nell'attività notarile (decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231)*, in *I decreti legislativi di attuazione della III direttiva in materia di antiriciclaggio e antiterrorismo nell'attività notarile*, cit., p. 101.

Il contrasto all'utilizzo dei contanti e dei titoli al portatore per l'estinzione dei debiti pecuniari è divenuto talmente forte che, allo stato attuale, il pagamento con denaro contante non può più considerarsi come regola generale in materia di obbligazioni pecuniarie.

A seguito dei vari interventi legislativi, che hanno rimodellato la regolamentazione giuridica della materia, risulta ormai superata la tradizionale interpretazione dell'art. 1277 c.c., secondo la quale la moneta contante sarebbe l'unico mezzo legale di pagamento, con la conseguenza che il creditore potrebbe sempre rifiutare qualsiasi strumento alternativo. Al contrario, secondo il moderno orientamento della dottrina<sup>(28)</sup>, le linee di tendenza verso la semplificazione, la celerità e, soprattutto, verso la sicurezza e l'affidabilità dei pagamenti, conducono nella direzione opposta, cioè, al sostanziale abbandono degli spostamenti di denaro contante, divenuti addirittura marginali nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. Nel sistema attuale, l'oggetto del pagamento idoneo ad estinguere le obbligazioni è ormai la "quantità di denaro" e non più la "moneta avente corso legale"; la moneta contante è divenuta una delle varie modalità di pagamento, che può essere ora riferita soltanto ad operazioni di minimo valore economico.

L'evoluzione della prassi giurisprudenziale<sup>(29)</sup> è da tempo orientata verso forme di pagamento che richiedono la stipula di contratti con dati intermediari e che sono essenzialmente *pro solvendo*, nel senso che non hanno effetto immediatamente estintivo del debito - come avviene con la consegna di moneta contante - ma determinano la liberazione del debitore nel momento

---

<sup>(28)</sup> A. DONZELLA, *L'assegno come mezzo di pagamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, II, p. 406 ss.; G. OLIVIERI, *Sistemi di pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXIII, Roma, 1995, p. 1; A.M. AZZARO, *Estinzione delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo e carattere "reale" del pagamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 241 ss.; A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 276; C. STINGONE, *Il pagamento a mezzo di assegni circolari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 300; B. INZITARI, *Profili del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 19 e p. 398; A. RICCIO, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Le obbligazioni*, I. *L'obbligazione in generale*, a cura di M. Franzoni, cit., pp. 1011ss.

<sup>(29)</sup> Per tutte, v. Cass. Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, p. 500 ss., con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*, che accoglie "un'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, dell'art. 1277 c.c., che superi il dato letterale e, cogliendone l'autentico senso, lo adegui alla mutata realtà".

in cui il creditore acquista concretamente la disponibilità della somma; ciò in coerenza con la moderna visione dell'obbligazione quale relazione tra situazioni, debitoria e creditoria, e rapporto di cooperazione tra le parti per la realizzazione di un complessivo assetto di interessi<sup>(30)</sup>.

Si pensi alla facoltà spettante al debitore di pagare mediante assegni, che presuppone una convenzione tra il debitore stesso e la banca. Orbene, secondo la giurisprudenza della Corte di legittimità<sup>(31)</sup>, il creditore deve accettarli quali idonei sistemi di pagamento in luogo di denaro contante e può rifiutarli solo in presenza di un giustificato motivo, che va allegato e provato. Più esattamente, la Suprema Corte afferma che “risultano ammissibili altri sistemi di pagamento, purchè garantiscano al creditore il medesimo effetto del pagamento per contanti, fornendo la disponibilità della somma di denaro dovuta. Tale effetto sicuramente deriva dall'assegno circolare, con il quale, stante la preconstituzione della provvista, si realizza il trasferimento della somma con la messa a disposizione del creditore.

Anche con riferimento agli assegni bancari, la Corte di Cassazione<sup>(32)</sup> si

---

<sup>(30)</sup> P. PERLINGIERI e L. FERRONI, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 212-214 ss., ove, criticando la visione tradizionale del credito, come situazione esclusivamente attiva, contrapposto al debito, come situazione esclusivamente passiva, si offre una nuova definizione di rapporto obbligatorio come relazione tra credito e debito quali situazioni complesse, il cui nucleo centrale si arricchisce di contenuto attraverso doveri di protezione, obblighi di informazione, di avviso, espressioni della clausola generale di buona fede.

<sup>(31)</sup> Cass. Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, cit., secondo la quale “nelle obbligazioni pecuniarie, il cui importo sia inferiore a 12.500 euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare”. La Corte precisa che il creditore, mentre non può rifiutare il pagamento mediante denaro contante, può, invece, rifiutare il pagamento mediante assegno circolare, ma soltanto “per giustificato motivo, da valutare secondo le regole della correttezza”. Già in passato, la giurisprudenza aveva affermato che, sebbene la consegna di assegni circolari debba essere accettata dal creditore stesso, tuttavia, l'effetto estintivo del debito si produce quando il rifiuto del creditore di riscuotere gli assegni sia contrario alla correttezza. In tal senso, v. Cass. 10 febbraio 1998, n. 1351, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1914.

<sup>(32)</sup> Con riguardo al pagamento mediante assegni bancari, v. Cass. Sez. un., 4 giugno 2010 n. 13658 (in *Obbligazioni e contratti*, 2011, p. 336 ss., con nota di S.GIOVANNELLI, *Limiti*

pronuncia nel senso che essi sono idonei ad estinguere l'obbligazione pure in assenza di previo accordo tra debitore e creditore. Nel pagamento mediante assegni bancari, però, a differenza di quello con assegni circolari, l'effetto liberatorio si verifica con la sola riscossione del credito, all'esito della condizione "salvo buon fine" o "salvo incasso". Pertanto, in considerazione della minore sicurezza degli assegni bancari, dovrebbe riconoscersi un margine più ampio di discrezionalità al creditore, garantendogli la possibilità di rifiutarli ogniqualvolta, nella situazione concreta, abbia fondate ragioni per ritenere che non siano assistiti da sufficienti garanzie di copertura. Per definire ingiustificato il rifiuto, la giurisprudenza tende a basarsi sulla consuetudine pregressa dei rapporti tra le parti e, dunque, considera il rifiuto ingiustificato quando il creditore, che sia solito ricevere il pagamento tramite assegni nel consueto rapporto d'affari con il debitore, decida di non accettarli senza addurre alcuna motivazione. Al riguardo, di recente le Sezioni unite della Cassazione<sup>(33)</sup> hanno ritenuto contrario alla buona fede e, dunque, ingiustificato, il rifiuto del creditore di ricevere la consegna degli assegni basato unicamente sul tipo di mezzo di pagamento utilizzato e non su particolari ragioni ostative, che devono, invece, valutarsi secondo il principio generale della correttezza.

L'adesione del legislatore al *trend* interpretativo sopra richiamato risulta dalla norma di cui all'art. 49, c. 1, del d. lgs. 2007 n. 231, che, a seguito dell'ultima modifica introdotta dall'art. 12, c. 1, del d.l. 6 dicembre 2011

---

*di legittimità dell'offerta di pagamento mediante assegno bancario*). Secondo la citata sentenza delle Sezioni unite del 2010, il solo fatto dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria con un sistema diverso dal denaro contante (nella specie, con assegni bancari) "che, comunque assicuri ugualmente la disponibilità della somma dovuta, non legittima affatto il creditore a rifiutare il pagamento stesso essendo all'uopo necessario che il rifiuto sia sorretto anche da un giustificato motivo". Qui le Sezioni Unite confermano la decisione dei giudici di merito secondo cui il pagamento con assegno bancario, in luogo di denaro contante, è idoneo ad estinguere l'obbligazione, anche in assenza di previo accordo tra le parti; risulta, quindi, contrario a buona fede il rifiuto del creditore di ricevere la consegna dell'assegno se basato unicamente sul tipo di mezzo di pagamento, in quanto il rifiuto è possibile solo in presenza di ragioni ulteriori, che devono essere allegare e provate.

<sup>(33)</sup> Così, Cass. Sez. un., 4 giugno 2010 n. 13658, cit.

n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011 n. 214 - legge di conversione del decreto Salva-Italia - (c.d. manovra Monti), vieta il trasferimento di denaro contante - di titoli al portatore e di libretti di deposito al portatore - in euro o in valuta estera, quando il valore dell'operazione sia "complessivamente" pari o superiore a 1.000 euro<sup>(34)</sup> (2.500 euro, prima dell'entrata in vigore del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201).

La manovra Monti riformula il principio originariamente racchiuso nell'art. 1 della legge 1991 n. 197, nei seguenti termini: quando il valore da trasferire è pari o superiore a 1.000 euro, il pagamento può essere eseguito tra soggetti diversi<sup>(35)</sup> solo tramite banche, istituti di moneta elettronica<sup>(36)</sup> o Poste italiane

---

<sup>(34)</sup> Per le varie modifiche subite dalla norma nel corso degli anni, v. la nota 6 del presente lavoro.

<sup>(35)</sup> Per "soggetti diversi" si intende distinti centri di interesse; pertanto si considera avvenuto tra soggetti diversi il trasferimento effettuato tra socio e società di cui egli fa parte o tra società controllante e società controllata o anche il trasferimento di denaro tra società appartenenti allo stesso gruppo, le quali sono soggetti tra loro distinti. In argomento, M. LEO, *Decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 e limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore, op. ult. cit.*, p. 1454; I. LUCATI, *Antiriciclaggio: norme più stringenti*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 10 ss.

<sup>(36)</sup> Gli istituti di moneta elettronica sono gli enti abilitati dalla direttiva comunitaria 2000/31CE (attuata con d.lgs. 2003 n. 70) ad emettere moneta elettronica, che è la moneta definita nell'articolo 1, par. 3, lett. b) della direttiva 2000/46/CE riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica. In dottrina, v. V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2001. Sui pagamenti elettronici, tra i tanti, E. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 165 ss.; V. ZAMBRANO, *Trasferimento elettronico di fondi: una nuova modalità di adempimento*, Salerno, 1996; M.V. COZZI, *Uso del contante e disciplina speciale dell'adempimento*, Napoli, 1996, p. 13 ss.; S. MARTUCCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998, 190 ss.; F. COSSU, *I pagamenti elettronici*, in *Riv. not.*, 1999, I, p. 523 ss.; G. OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica. Brevi note in margine alla Direttiva 2000/46/CE riguardanti gli istituti di moneta elettronica*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, p. 809 ss.; D. SICLARI, *Legislazione della nuova economia e disciplina codicistica: la moneta elettronica*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, p. 466 ss. L'uso di alcuni strumenti elettronici di trasferimento di fondi può comportare elevati rischi di riciclaggio, legati sia al loro possibile anonimato, che impedirebbe la rintracciabilità delle operazioni effettuate, sia al carattere transfrontaliero della rete Internet, che consentirebbe di scambiare flussi di denaro anche in operazioni a distanza tra paesi che non dispongono di adeguati controlli. Per combattere i rischi del possibile utilizzo a fini illeciti e anche per garantire la sicurezza dei pagamenti a tutela delle imprese, dei consumatori e dell'intero mercato, il sistema dei pagamenti elettronici è stato disciplinato in Italia, sia da

S.p.a., i quali sono sottoposti, per legge, alla vigilanza dell'autorità amministrativa (art. 49, c. 1). La proibizione di cui all'art. 49, c. 1, del d. lgs. 2007 n. 231 si riferisce anche ai titoli al portatore (si pensi a titoli del debito pubblico, obbligazioni, assegni liberi), proprio perché essi non indicano il nome del titolare, legittimano il possessore a pretendere la prestazione indicata nel documento in base alla mera presentazione e si trasferiscono con la semplice consegna del titolo, senza garantire alcuna tracciabilità dell'operazione.

---

norme di legge e di regolamento, sia da accordi con i quali viene autoregolamentato lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria. Si ricorda che la delibera del Comitato Interministeriale per il credito e il risparmio, emanata il 4 marzo 2003 ed il relativo provvedimento di attuazione (Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia) del 25 luglio 2003, hanno affidato alla Banca d'Italia il compito di emanare le disposizioni applicative della disciplina in tema di istituti emittenti moneta elettronica. Il principio cardine contenuto nelle Istruzioni di vigilanza è quello della rimborsabilità della moneta elettronica, nel senso che è prevista la possibilità per il cliente della banca di ottenerne la riconversione in moneta legale e il rimborso durante il periodo di validità. Il rimborso della moneta elettronica può essere chiesto dal detentore-cliente durante il periodo di validità del contratto «al valore nominale della moneta elettronica in moneta legale, ovvero mediante versamento su un conto corrente, corrispondendo all'emittente le spese strettamente necessarie» (art. 114 *bis* t.u.b.). La rimborsabilità consegue alla natura di questo mezzo di pagamento, in quanto, come surrogato di monete metalliche e di banconote, l'emissione di moneta elettronica non crea nuova moneta, ma sostituisce il denaro contante con moneta digitale. La Banca d'Italia, vigilando sull'attività degli intermediari bancari e finanziari che operano nel sistema dei pagamenti, previene, attraverso l'Unità di Informazione Finanziaria, l'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Circa l'autoregolamentazione del sistema dei pagamenti italiano, con la quale si mira, attraverso la conclusione di accordi, alla composizione dei vari interessi coinvolti nel sistema, v. D. SICLARI, *Modelli di sussidiarietà orizzontale. La centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento*, Padova, 2006, che sottolinea gli aspetti di interazione tra pubblico e privato, analizzati alla luce del principio costituzionale di sussidiarietà, nella regolamentazione dei sistemi di pagamento elettronici orizzontale. A livello internazionale, assumono rilievo fondamentale nella gestione dei sistemi di pagamento elettronici, anche in funzione di prevenzione del riciclaggio: la SWIF (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*), un'organizzazione cooperativa di banche che hanno creato una rete telematica per i pagamenti internazionali; il TARGET (*Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System*), che riunisce le banche centrali dell'Unione Europea e collega i sistemi di regolamento nazionali dei pagamenti in moneta unica. Al riguardo, v. M. PERASSI, *I sistemi di pagamento internazionali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, p. 482 ss.

Non rientrano nell'ambito applicativo del divieto le carte di credito e di pagamento, che non costituiscono denaro contante, né i bonifici bancari, che attuano il trasferimento di denaro mediante intermediazione bancaria, né i titoli di credito all'ordine, per i quali è prevista, come si vedrà tra breve, una incisiva compressione della circolazione.

Per i trasferimenti di denaro contante tra privati e pubblica amministrazione, la norma di cui all'art. 49, c. 17, del d. lgs. 2007 n. 231 lascia ferme le disposizioni relative ai pagamenti effettuati allo Stato o agli altri enti pubblici e alle erogazioni da questi comunque disposte verso altri soggetti<sup>(37)</sup>. Occorre notare, tuttavia, che la norma di cui all'art. 12 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, al comma 2, ha introdotto norme che riducono il limite per la tracciabilità dei pagamenti anche nei confronti della pubblica amministrazione. Più esattamente, all'art. 2 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, dopo il comma 4-*bis*, è inserito il comma 4-*ter*, che prevede diverse disposizioni finalizzate a favorire la modernizzazione e l'efficienza degli strumenti di pagamento e a ridurre i costi finanziari e amministrativi derivanti dalla gestione del denaro contante. Tra queste disposizioni, si segnalano quella secondo la quale i pagamenti effettuati dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali e dagli enti pubblici devono essere eseguiti mediante strumenti telematici, con l'obbligo per la pubblica amministrazione di superare i sistemi basati sull'uso di supporti cartacei (lett. a, comma 4-*ter*) e quella in base alla quale tali pagamenti devono essere effettuati in via ordinaria mediante accredito sui conti correnti bancari o postali dei creditori ovvero con altre modalità offerte dai servizi elettronici di pagamento interbancari prescelti dal beneficiario (ad esempio, con carte di pagamento prepagate), con l'esplicito divieto di eseguire pagamenti in contanti per importi superiori a 1.000 euro (lett. b, comma 4-*ter*).

In definitiva, il pagamento diretto mediante contanti o titoli al portatore è consentito fino alla soglia di 999 euro e non può oltrepassarla. Si configura

---

<sup>(37)</sup> Si pensi all'art. 420 del r.d. 23 marzo 1924 n. 827 - "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato" - che prevede l'inderogabilità degli uffici di tesoreria come luoghi nei quali si effettuano i pagamenti dello Stato e degli enti pubblici.

così una più incisiva limitazione dell'autonomia negoziale, attraverso l'obbligo di ricorrere a mezzi di pagamento che presuppongono contratti con gli intermediari e che, mediante l'annotazione sui conti correnti degli individui interessati dai movimenti di denaro, assicurano la traccia documentale di ogni trasferimento di importo pari o superiore alla soglia indicata, permettendo, così, di risalire all'autore dell'operazione<sup>(38)</sup>. La finalità di trasparenza, insita nel citato art. 12 c. 1, d.l. 2011 n. 201, risponde all'esigenza di contrasto del riciclaggio, ma anche a quella, strettamente collegata, di monitorare i proventi che tendono a sfuggire all'imposizione fiscale.

Il riferimento della norma di cui all'art. 49 agli istituti di moneta elettronica sta a significare che il pagamento in contante, per somme pari o superiore a 1.000 euro, può essere fatto, oltre che attraverso banche o Poste italiane, solo per il tramite degli istituti abilitati dal legislatore ad emettere moneta elettronica, i quali sono chiamati ad adottare adeguate procedure di controllo e vigilanza, che consentono l'identificazione dei soggetti interessati dalle movimentazioni di denaro, in funzione antiriciclaggio.

Il divieto di uso di contanti al di sopra del limite legale prescinde dalla causa, onerosa o gratuita, lecita o illecita, in base alla quale è attuato il trasferimento del denaro, con la conseguenza che la liceità della ragione dell'operazione sottostante non esime dall'osservanza della norma.

In seguito alla modifica dell'art. 49, comma 1, ad opera dell'art. 29, c. 1, lett. a), d. lgs. 2009 n. 151, il valore massimo consentito per l'uso del contante potrebbe essere superato anche quando il trasferimento sia frazionato

---

<sup>(38)</sup> Si ricorda che il d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, ha previsto la soppressione della "tracciabilità" di compensi per i professionisti che era stata introdotta dall'art. 35, commi 12 e 12 bis, del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248. In base a tali disposizioni, ora abrogate, i professionisti erano obbligati a tenere un conto corrente "dedicato", nel quale far confluire i corrispettivi riscossi nell'ambito delle proprie attività, con il divieto di ricevere pagamenti in contanti. I compensi in denaro per l'esercizio di arti e professioni potevano essere riscossi esclusivamente mediante assegni non trasferibili o bonifici o mediante sistemi di pagamento elettronici, salvo che per importi inferiori a euro 100. Nel nuovo regime, invece, i professionisti possono nuovamente riscuotere compensi in contante, sempre nel rispetto dei limiti disposti dall'art. 49 della legge 2007 n. 231. Ciò è stato disposto al fine di non ingessare in modo irragionevole il rapporto tra il professionista e il cliente, con riguardo ai pagamenti di modica entità.

in modo artificioso, attraverso più pagamenti, singolarmente inferiori o pari al predetto limite, effettuati in momenti diversi, da intendersi, però, come elementi di un'operazione unitaria dal punto di vista economico, di valore pari o superiore a 1.000 euro. L'operazione si considera "frazionata" quando sia posta in essere attraverso più operazioni effettuate "in un circoscritto periodo di tempo fissato in sette giorni" e, comunque, quando ricorrono gli elementi per ritenerla una operazione "unitaria sotto il profilo economico" (art. 1, lett. m) d.lgs. 2007 n. 231). Per intendere un'operazione come artificialmente frazionata, la pluralità dei pagamenti deve ricondursi, sotto il profilo funzionale, ad un'unica operazione, mentre più pagamenti sono da considerare autonomi, e non cumulabili ai fini del superamento della soglia, se riferiti a distinte operazioni<sup>(39)</sup>.

Alcune osservazioni vanno svolte circa il procedimento stabilito dal legislatore per l'ipotesi in cui si intenda provvedere al pagamento in contanti, per importi pari o superiori a 1.000 euro, tramite l'intermediazione di un ente autorizzato.

A tale riguardo, il legislatore dispone che, in primo luogo, il debitore deve consegnare la somma alla banca o all'istituto di moneta elettronica o a Poste italiane S.p.a. e che detti soggetti accettano per iscritto l'incarico di pagare la somma al creditore (art. 49, c. 2); prevede, altresì, che la comunicazione data dal debitore al creditore dell'avvenuta accettazione dell'intermediario produce l'effetto di cui all'art. 1277, comma 1, c.c. (art. 49, c. 3) e che, in caso di mora del creditore, ossia di rifiuto ingiustificato di ricevere il pagamento,

---

<sup>(39)</sup> Sul punto, v., per tutte, Cass. 22 giugno 2010, n. 15103 (in *Notariato*, 2010, p. 491 ss., con nota di M. KROGH), che, per verificare la violazione del divieto di cui all'art. 49, c. 1, del d.lgs. 2007 n. 231, afferma la necessità di far riferimento al valore dell'intera operazione economica cui il singolo trasferimento di contanti è funzionale. Più esattamente, la Cassazione afferma che "in tema di sanzioni amministrative per violazione della normativa anticiclaggio, il divieto di trasferire denaro contante e titoli al portatore per importi superiori a dodicimilacinquecento euro senza il tramite di intermediari abilitati, fa riferimento al valore dell'intera operazione economica alla quale il trasferimento è funzionale e si applica anche quando si sia realizzato mediante il compimento di varie operazioni, ciascuna di valore inferiore o pari al massimo consentito. Ne deriva quindi che scattano le sanzioni anticiclaggio per chi paga in contanti le rate di acquisto della casa anche se gli importi sono al di sotto della soglia legale".

la suddetta comunicazione produrrà anche gli effetti previsti dall'art. 1210 c.c., vale a dire l'impossibilità di ritirare il deposito e la liberazione dal debito.

Il rapporto tra il debitore e l'intermediario viene a configurarsi come un mandato di pagamento, in quanto l'intermediario, ricevuta la consegna della somma, accetta l'ordine del debitore e si obbliga a pagare al creditore, rimanendo estraneo alla sottostante obbligazione<sup>(40)</sup>. Dato il carattere di pubblica necessità del servizio di intermediazione, sembra vi sia un obbligo di legge a carico dell'intermediario di accettare il mandato, purchè siano rispettate tutte le disposizioni normative e la somma gli sia stata previamente consegnata.

L'analisi dei risvolti civilistici di queste ultime disposizioni induce a ritenere che la procedura per il trasferimento di denaro contante mediante disposizione accettata per iscritto dall'intermediario non abbia modificato la regola tradizionale sull'effetto liberatorio dell'adempimento, ma abbia solo innovato le modalità concrete dei pagamenti di un certo ammontare.

Non convince pienamente l'idea dottrinale<sup>(41)</sup> che il debitore sia liberato dall'obbligazione con la consegna della somma nelle mani dell'intermediario e con la comunicazione al creditore dell'accettazione dell'ordine da parte dello stesso intermediario. Tale comunicazione, infatti, non corrisponde

---

<sup>(40)</sup> L. BARBIERA e G. CONTENUTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., pp. 76-78 e p. 90, che individuano un mandato alla base della delegazione di pagamento (delegante il debitore, delegato l'intermediario, delegatario il creditore), che sarebbe una "delegazione atipica rispetto alla normale delegazione di pagamento ex art. 1269, perché il delegato viene ad essere obbligato verso il delegatario senza che occorra una sua dichiarazione specifica in merito, ma con la sola accettazione del mandato".

<sup>(41)</sup> Così, G. SICCHIERO, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Padova, 1992, p. 31; G. COLLURA, *Problemi civilistici in tema di art. 1, 1 bis, e 1 ter l. 197/91*, in *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di C. G. Corvese e V. Santoro, cit., p. 655, il quale parla di novazione soggettiva del rapporto tra debitore e creditore "caratterizzata dal fatto che il debitore ha attuato il suo obbligo". V., in senso analogo, L. BARBIERA e G. CONTENUTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., pp. 85-86, secondo i quali non basta il deposito della somma presso l'intermediario per liberare il debitore nei confronti del creditore, ma occorre anche la comunicazione dell'accettazione da parte dell'intermediario. Più esattamente, secondo questi Autori, "sino alla comunicazione, debitore e intermediario sono obbligati in solido verso il creditore, in una situazione analoga a quella della delegazione di debito cumulativa, non liberatoria (art. 1268 c.c.)".

all'effettiva realizzazione del diritto del creditore, il quale non ottiene in termini reali la disponibilità della somma. In deroga alla norma che individua il domicilio del creditore come luogo di pagamento delle obbligazioni pecuniarie (art. 1182, comma 3, c.c.), è previsto che il creditore, per soddisfare il suo diritto, deve recarsi presso uno sportello bancario posto nella provincia del proprio domicilio, a partire dal terzo giorno successivo alla suddetta accettazione (art. 49, c. 2).

L'analisi del piano finalistico e teleologico della normativa antiriciclaggio induce a ritenere <sup>(42)</sup> che la comunicazione, fatta dal debitore al creditore dell'accettazione scritta del mandato da parte della banca, sia volta solo a procurare al debitore una prova scritta dell'accettazione stessa, mentre l'effetto liberatorio del deposito si produrrebbe soltanto nei casi di mora del creditore.

La *ratio* del d.lgs. 2007 n. 231, infatti, non è di scardinare il principio generale sull'effetto estintivo del pagamento delle obbligazioni pecuniarie, ma di porre limiti all'uso del contante a scopo di riciclaggio. Mentre il pagamento mediante consegna di contanti al creditore ha valore immediatamente solutorio, il pagamento in contanti eseguito tramite l'intermediario ai sensi dei citati commi 2 e 3 dell'art. 49, dovrebbe intendersi sempre fatto *pro solvendo*, con la conseguenza che l'estinzione dell'obbligazione continuerebbe a coincidere con la riscossione del denaro e, dunque, con l'effettivo soddisfacimento del creditore. Questa sembra essere l'interpretazione più coerente delle disposizioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 49, d.lgs. 2007 n. 231, in quanto operata alla luce dei principi generali e di quelli ispiratori della disciplina in esame.

Sempre al fine di garantire l'identificazione dei soggetti interessati dai trasferimenti di denaro, il d.lgs. 2007 n. 231 disciplina in modo rigoroso anche l'emissione e la circolazione di assegni bancari e postali e di assegni circolari, quali strumenti di pagamento alternativi alla moneta contante.

---

<sup>(42)</sup> In tal senso, F. CARIMINI, *La liberazione dal debito nelle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, cit., p. 126 ss., spec. p. 155 ss. e p. 231, secondo la quale l'eventuale insoddisfazione dell'interesse del creditore per fatto dell'intermediario obbliga il debitore, non ancora liberato, ad eseguire la prestazione una seconda volta.

Come principio generale, è stabilito che le banche e le Poste italiane S.p.a. debbono rilasciare i moduli di assegni bancari e postali e di assegni circolari muniti, fin dall'origine, della clausola di non trasferibilità (art. 49, c. 4 e c. 7)<sup>(43)</sup>.

La norma di cui all'art. 49 poi distingue a seconda che la somma di denaro portata dall'assegno sia inferiore ovvero pari o superiore a 1.000 euro. Anche in tal caso, il d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (convertito in l. 22 dicembre 2011 n. 214) ha ridotto il limite che la normativa precedente fissava a 2.500 euro.

Quando la somma portata dall'assegno è pari o superiore a 1.000 euro, è disposto che l'assegno deve recare l'indicazione del nome o della ragione sociale del beneficiario e che la clausola di non trasferibilità deve essere sempre presente, senza alcuna possibilità di deroga: i libretti degli assegni sono, quindi, di regola, muniti di tale clausola, che impedisce la girata dell'assegno e lo rende sempre nominativo, consentendone l'incasso al solo intestatario<sup>(44)</sup>.

Se la somma portata dall'assegno è inferiore a 1.000 euro (fino a 999 euro), è previsto che il cliente possa continuare a disporre di assegni liberamente trasferibili, ma, per scoraggiare l'utilizzo di simili strumenti di pagamento, è disposto che il cliente debba richiedere, per iscritto alla banca o a Poste italiane S.p.a., il rilascio di moduli di assegni in forma libera (art.

---

<sup>(43)</sup> Le prescrizioni normative dettate per gli assegni (art. 49, commi 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 del d. lgs. 2007 n. 231) e, in particolare, l'obbligo di apporre la clausola di non trasferibilità e di indicare il beneficiario, si applicano anche ai vaglia cambiari e postali, vale a dire ai pagherò cambiari, ma non trovano applicazione riguardo ai vaglia cambiari ordinari, ossia alle cambiali. Per una disamina della disciplina degli assegni, v. F. BRIOLINI, *La nuova disciplina degli assegni dopo il decreto antiriciclaggio (D.L.G.S. 231/2007)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, pp. 391-394 ss.

<sup>(44)</sup> Ai sensi dell'art. 49, c. 6, inoltre, è possibile emettere l'assegno pari o superiore a 1.000 euro a proprio ordine (all'ordine del traente), con la formula "a me medesimo"; tuttavia, l'assegno resta sempre non trasferibile a terzi e non utilizzabile per effettuare pagamenti, ma può essere girato unicamente ad una banca o a Poste Italiane S.p.a. al fine di incassare denaro contante. La possibilità di emettere e girare questi assegni, che nascono "formalmente" all'ordine, solo per l'incasso, con preclusione della facoltà di girarli in bianco, impedisce che possano circolare "sostanzialmente" come titoli al portatore.

49, c. 4 e c. 8, d.lgs. 2007 n. 231) e versare l'imposta di bollo per ciascun assegno.

Sempre con l'obiettivo di prevenzione del riciclaggio, sono previste misure restrittive riguardo ai libretti di deposito al portatore, bancari o postali, che i privati non possono aprire per importi pari o superiori a 1.000 euro<sup>(45)</sup>. Anche tale divieto, che ammette, al di sopra del limite legale, soltanto l'apertura di libretti di deposito nominativi, trova una spiegazione nel fatto che l'utilizzo dei libretti al portatore, come l'utilizzo dei contanti, circolando attraverso la semplice consegna, impedirebbe alle autorità investigative l'identificazione dei soggetti coinvolti nei trasferimenti e la ricostruzione del percorso seguito per immettere gli eventuali proventi di attività illecita nel circuito legale del mercato.

Rinnovato già ad opera del d. lgs. 2009 n. 151 è il testo della norma di cui all'art. 49, c. 14, in base alla quale, in caso di trasferimento di libretti di deposito al portatore, il cedente è tenuto a comunicare, entro trenta giorni, alla banca - o alle Poste Italiane Spa - non solo i dati identificativi del cessionario e la data del trasferimento, ma anche l'accettazione dello stesso cessionario, sempre al fine di individuare il soggetto al quale tali titoli sono stati consegnati. Tale omissione è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria dal 10 per cento al 20 per cento del saldo del libretto stesso.

Alla medesima *ratio* è ispirato il disposto dell'art. 50, d.lgs. 2007 n. 231, che vieta di aprire, in qualunque forma, conti o libretti di risparmio in forma anonima o con intestazione fittizia.

---

<sup>(45)</sup> I libretti di deposito al portatore, per loro natura, sono pagabili direttamente a qualunque possessore che li presenta alla banca per l'incasso. Per i libretti di deposito al portatore aventi importi pari o superiori a 1.000 euro, che siano già circolanti, l'art. 12, c. 1, del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (convertito in l. 22 dicembre 2011 n. 214) ha disposto che devono essere regolarizzati, entro il 31 marzo 2012, in uno di questi modi: - estinzione del libretto con incasso della somma; - prelievo della somma eccedente i 1.000 euro in modo da portare il saldo al di sotto di tale cifra; - trasformazione del libretto al portatore in libretto nominativo.

3. — *La violazione della regola della tracciabilità dei pagamenti e la possibile incidenza sul contratto.*

La legge 1991 n. 197 era destinata sostanzialmente alle banche e agli uffici della pubblica amministrazione; era rivolta anche ai pubblici ufficiali, i quali, trovandosi di fronte ad un'infrazione della normativa antiriciclaggio, erano obbligati ad inviare una comunicazione all'allora Ministero del Tesoro (art. 5, c. 2, l. 1991 n. 197).

Allo stato attuale, invece, il d.lgs. 2007 n. 231 coinvolge nella lotta al riciclaggio anche altre categorie di operatori commerciali ed un'ampia gamma di professionisti legali. Mentre la norma di cui all'art. 49 d.lgs. 2007 n. 231 è rivolta a tutti i soggetti, ai quali è vietato l'uso dei contanti e dei titoli al portatore per i pagamenti di importo pari o superiore a 1.000 euro, gli specifici obblighi antiriciclaggio previsti dal Titolo II dello stesso decreto - obblighi di adeguata verifica della clientela (Capo I), di registrazione (Capo II) e di segnalazione (Capo III) - si applicano esclusivamente a determinate categorie di destinatari<sup>(46)</sup>, che hanno subito una notevole estensione ad opera del d. lgs. 2004 n. 56, ora inglobato nel d. lgs. 2007 n. 231.

Con riguardo a questi ultimi, particolare significato assume l'estensione agli avvocati di aspetti di disciplina in passato tipici soltanto dei notai, con conseguente arricchimento del contenuto della prestazione professionale, sempre più orientata verso la collaborazione con gli organi della giustizia<sup>(47)</sup>.

Alcune prescrizioni comportamentali imposte ai professionisti, come il dovere di identificazione del cliente e di raccolta di informazioni sullo scopo e sulla natura della prestazione richiesta, non si discostano dagli schemi che caratterizzano il contratto di prestazione professionale, anche se, come vedremo in seguito, sono molto più penetranti rispetto a quelli derivanti dalla deontologia tradizionale.

Altre prescrizioni normative, come l'obbligo di riferire alle autorità le

---

<sup>(46)</sup> A. BARCA, *Lotta al riciclaggio, adempimenti e obblighi per l'avvocato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, n. 11, p. 591 ss.; S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, cit., 367 ss.

<sup>(47)</sup> E. AMODIO, *Prevenzione del riciclaggio e obblighi di collaborazione dei professionisti*, in *Dir. pen. Proc.*, 2008, p. 1051 ss.

infrazioni alla normativa antiriciclaggio di cui si è avuta notizia nello svolgimento delle funzioni, l'obbligo di registrare i mezzi di pagamento utilizzati dai clienti per compiere tutte le operazioni che superano un certo valore<sup>(48)</sup> e, soprattutto, l'obbligo di segnalare alla competente autorità le operazioni sospette, appaiono misure del tutto inconsuete per il diritto civile, vicine alle dinamiche del diritto penale.

Nel contesto attuale, al pari dei notai, anche gli avvocati, che, in relazione ai loro compiti e attività, abbiano notizia di violazioni all'art. 49, commi 1, 5, 6, 7, 12, 13 e 14 e all'art. 50, sono obbligati a riferire l'avvenuta infrazione entro trenta giorni al Ministero dell'economia e delle finanze<sup>(49)</sup>, per consentirne sia la contestazione, sia l'immediata comunicazione della stessa

---

<sup>(48)</sup> L'obbligo di registrazione (art. 36, d.lgs. 2007 n. 231) deve essere osservato "tempestivamente e comunque entro trenta giorni dall'accettazione dell'incarico professionale, dall'eventuale conoscenza successiva di ulteriori informazioni o dal termine della prestazione professionale" (art. 38, c. 1 bis, d.lgs. 2007 n. 231, introdotto dall'art. 21, c. 1, lett.a), d. lgs. 2009 n. 151). Entro il predetto termine, è necessario registrare i dati identificativi dei clienti e tutte le altre informazioni acquisite allo scopo di assolvere agli obblighi di adeguata verifica della clientela ed è necessario, altresì, conservare "le scritture e le registrazioni, consistenti nei documenti originali o nelle copie aventi analoga efficacia probatoria nei procedimenti giudiziari", per un periodo di dieci anni dalla fine della prestazione professionale, affinché i dati possano essere utilizzati a fini di indagine. Tra i dati che devono essere conservati e registrati, per poter essere poi utilizzati per qualsiasi indagine, rientrano i mezzi di pagamento, ma solo con riferimento alle operazioni di importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiono tra loro collegate per realizzare un'operazione frazionata. Più precisamente, per dette operazioni, in base all'art. 36 c. 2, lett. a), d. lgs. 2007 n. 231, i professionisti devono registrare e conservare per dieci anni, oltre agli strumenti di pagamento utilizzati, "la data, la causale, l'importo" e "la tipologia dell'operazione". Per i notai, la custodia dei documenti, delle attestazioni e degli atti presso il notaio, la tenuta dei repertori notarili e le dichiarazioni prescritte dall'art. 35, comma 22 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, costituiscono un'ideale modalità di conservazione dei dati relativi ai mezzi di pagamento (art. 38, c. 6, d. lgs. 2007 n. 231). Per approfondimenti sul tema, v. G. ARCELLA, *Gli obblighi di registrazione e conservazione. La custodia dei documenti, attestazioni ed atti presso il notaio e la tenuta del repertorio notarile. L'identificazione "notarile". Le modalità di pagamento*, in *I decreti legislativi di attuazione della III direttiva in materia di antiriciclaggio e antiterrorismo nell'attività notarile*, cit., p. 79 ss.

<sup>(49)</sup> M. LEO, *Decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 e limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore*, in *Studi e materiali, Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2006, n. 2, p. 1459.

“anche all’Agenzia delle entrate che attiva i conseguenti controlli di natura fiscale”<sup>(50)</sup> (art. 51, c. 1, d.lgs. 2007 n. 231).

La previsione della comunicazione dell’infrazione all’Agenzia delle entrate, aggiunta dalla norma di cui all’art. 12, c. 11, del citato d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, evidenzia lo stretto collegamento, sul piano della regolazione dei pagamenti, tra lotta al riciclaggio e lotta all’evasione fiscale, messo a punto con l’obiettivo di evitare che i proventi della criminalità organizzata vengano immessi nell’economia senza essere assoggettati a tassazione. I reati di evasione fiscale e riciclaggio condividono gran parte dei metodi utilizzati, rispettivamente, per celare redditi al fisco e per dissimulare l’origine delittuosa del denaro; pertanto, comuni sono alcune misure di contrasto, *in primis*, la regola sulla tracciabilità dei pagamenti.

Nel caso in cui l’infrazione all’art. 49 risulti commessa nell’ambito di un’operazione che sia stata già segnalata all’Unità di Informazione Finanziaria come “sospetta” in base ai criteri stabiliti dall’art. 41, commi 1 e 2 del d.lgs. 2007 n. 231<sup>(51)</sup>, non è più dovuta la suddetta comunicazione al Ministero (art. 51, c. 3). Qualora poi l’infrazione dovesse riguardare assegni o libretti al portatore o titoli simili, alla comunicazione non provvede il professionista, ma la banca (o Poste italiane S.p.a.) che li abbia accettati in versamento o ne abbia effettuato l’estinzione (art. 51, c. 2).

---

<sup>(50)</sup> La previsione della comunicazione dell’infrazione all’Agenzia delle entrate, è stata aggiunta dalla norma di cui all’art. 12, c. 11, del citato d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (c.d. Manovra Monti).

<sup>(51)</sup> I professionisti devono inviare la segnalazione quando “sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo”; ciò è disposto, indipendentemente dal valore delle operazioni. Il sospetto deve desumersi da elementi oggettivi, quali le caratteristiche, l’entità, la natura dell’operazione o qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate, tenendo conto anche di elementi soggettivi, come la capacità economica e l’attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base ai dati acquisiti a seguito del conferimento dell’incarico professionale (art. 41, comma 1). Ciò può verificarsi, ad esempio, quando il cliente dello studio professionale, dinanzi alla richiesta di informazioni, dati e documenti da parte del professionista, non collabori e sia riluttante nel fornirli o non voglia dare indicazioni sulle modalità di pagamento e anche quando rifiuti, persino, di concludere l’operazione.

Riguardo alle conseguenze previste per l'inosservanza delle disposizioni contenute nell'art. 49 del d. lgs. 2007 n. 231, sono dettate diverse sanzioni pecuniarie fissate in una percentuale dell'importo trasferito (dall'uno per cento al quaranta per cento). Analoghe sanzioni amministrative sono previste anche per le violazioni del divieto dei conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia (art. 50), nonché per le violazioni dell'obbligo di comunicazione al Ministero dell'economia e delle finanze delle infrazioni di cui al Titolo III del decreto 2007 n. 231 (art. 51). All'accertamento delle violazioni, nei limiti delle loro attribuzioni, provvedono le specifiche autorità di vigilanza (oltre al Ministero dell'Economia e delle Finanze, la UIF, le autorità di vigilanza di settore, le amministrazioni interessate, la Guardia di Finanza e la DIA), che provvedono alla contestazione della violazione ai sensi della legge 24 novembre 1981 n. 689 (art. 60, d.lgs. 2007 n. 231) <sup>(52)</sup>.

Di particolare rilievo è l'inciso contenuto nel comma 1 dell'art. 58, d.lgs. 2007 n. 231, che afferma: "fatta salva l'efficacia degli atti".

Si ritiene che, con tale espressione, il legislatore abbia avuto riguardo all'efficacia dei trasferimenti delle somme dovute dal debitore, con la conseguenza che l'obbligazione pecuniaria adempiuta senza l'osservanza degli obblighi di tracciabilità si considera, comunque, estinta. Anche sotto la vigenza del passato regime normativo, la dottrina <sup>(53)</sup> riteneva che l'inosservanza delle norme sulla limitazione dell'uso dei contanti e dei titoli al portatore

---

<sup>(52)</sup> Riguardo alla possibilità di opporsi alle sanzioni amministrative irrogate dal Ministero dell'economia, la Cassazione ha affermato che, rientrando l'antiriciclaggio nella nozione di materia valutaria, la competenza per il relativo giudizio di opposizione spetta al tribunale, ai sensi dell'art. 22 bis, lett. g) della legge 689/81. Così, Cass. 16 maggio 2006, n. 11408, in *Rep. Foro it.*, 2006, II, voce *Ricettazione*, n. 71. La Suprema Corte ha precisato che, sebbene la legge 1981/689, attraverso un processo di depenalizzazione, avesse attribuito al Giudice di Pace la competenza per tutte le opposizioni a sanzioni amministrative con il limite di valore di Lire 30.000.000, il d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507, inserendo nella legge 1981/689 il nuovo art. 22 bis, ha derogato alla competenza del Giudice di Pace per determinati tipi di opposizione, tra i quali quelli relativi alle violazioni delle norme in materia tributaria e valutaria.

<sup>(53)</sup> L. BARBIERA e G. CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., p. 76; M. COMPORI, *Identificazione della clientela, segnalazione di operazioni sospette di riciclaggio e tutela della riservatezza*, cit., p. 397.

non comportasse l'inefficacia del pagamento effettuato superando i limiti imposti dalla legge (art. 5, legge 1990, n. 197).

Si avverte, peraltro, l'esigenza di riflettere sulla portata del divieto derivante dall'art. 49 d.lgs. 2007 n. 231, trattandosi di una norma imperativa che sancisce limiti inderogabili alla volontà privata per motivi di interesse generale.

Da un lato, all'art. 49, comma 1, d.lgs. 2007 n. 231, il legislatore vieta il trasferimento di denaro contante, di libretti di deposito al portatore o di titoli al portatore, quando il valore è pari o superiore a 1.000 euro, se compiuto senza l'intermediazione di banche, istituti di moneta elettronica o Poste italiane S.p.a.; dall'altro, all'art. 58, comma 1, d.lgs. 2007 n. 231, afferma la piena efficacia del pagamento eseguito, con modalità diverse, in contrasto con la norma stessa.

La norma in questione non sembra prendere in considerazione il "contratto" che è fonte dell'obbligazione pecuniaria e potrebbe domandarsi se il compimento della condotta antiggiuridica, consistente nella violazione della tracciabilità del pagamento, possa talora incidere sulla validità del contratto dal quale scaturisce l'obbligazione<sup>(54)</sup>.

Alla luce delle nuove disposizioni contenute nell'art. 49, comma 1, d.lgs. 2007 n. 231 e dalla ricostruzione sistematica della disciplina antiriciclaggio, si ricava che il contratto, che sia stato concluso (es. consegna di denaro nel deposito) o eseguito (es. pagamento del prezzo nella compravendita) mediante trasferimento di denaro senza l'osservanza dell'art. 49, non è, di per sé, illecito. Il sistema normativo, infatti, si rivolge, con il divieto, a tutte le operazioni superiori ad un dato valore, indipendentemente dalle ragioni, lecite o illecite, che giustificano il trasferimento del denaro.

La stessa norma di cui all'art. 58, comma 1, d.lgs. 2007 n. 231, facendo salva l'efficacia estintiva dell'atto, pare far riferimento ad un adempimento, che, per essere valido, deve presupporre l'esistenza di un valido vincolo obbligatorio e, dunque, di un contratto valido ed efficace.

---

<sup>(54)</sup> Sul tema della possibile rilevanza civilistica di norme penali, v. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000.

4. — *L'indicazione delle modalità di pagamento nei trasferimenti immobiliari e le particolari implicazioni sull'attività notarile.*

I notai e gli avvocati, quando compiono, in nome o per conto dei propri clienti, qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di negozi patrimoniali, sono tenuti ad esercitare una fondamentale funzione di controllo della clientela, che si aggrava qualora sia loro prospettata l'intenzione di far passare, dal patrimonio di un contraente a quello dell'altro, denaro contante, libretti al portatore, titoli al portatore o assegni, senza osservare le disposizioni contenute nell'art. 49 d. lgs. 2007 n. 23.

Nel corso del rapporto professionale, il cliente può assumere un comportamento anomalo, dichiarando al professionista di voler impiegare, nell'operazione, mezzi di pagamento non conformi alla normativa antiriciclaggio (es. acquistare, con denaro contante, un bene, immobile o mobile, di valore superiore a euro 1.000) o di voler ricorrere a tecniche artificiose di frazionamento dell'operazione.

La norma di cui all'art. 49, comma 1, d.lgs. 2007 n. 231, letta in combinato disposto con l'art. 1, lett. m.) dello stesso decreto, impone, ai fini della comunicazione al Ministero dell'economia e delle finanze, di accertare se i singoli trasferimenti, ciascuno di importo inferiore alla soglia di legge, siano avvenuti nell'arco di sette giorni o se i pagamenti appaiano artificiosamente frazionati. Quando i trasferimenti sono avvenuti oltre i sette giorni, il professionista deve, comunque, ricostruirne il significato, al fine di stabilire se ciascuno di essi possa intendersi come una parte di un'operazione artificiosamente frazionata. La pluralità dei pagamenti (es. più rate di un unico pagamento) dovrebbe ritenersi riconducibile ad un'unica operazione quando viene cumulata nella causa di uno stesso negozio, mentre più pagamenti dovrebbero considerarsi autonomi, e non cumulabili ai fini del superamento della soglia, se riferiti a distinte operazioni. Nella concezione del legislatore, il notaio e l'avvocato non si limitano a registrare le operazioni, ma devono, invece, valutare, nel corso dell'esame della posizione giuridica del cliente, se si trovano o meno di fronte ad un'operazione frazionata contrastante con il

divieto normativo (anche ai fini dell'eventuale segnalazione ex art. 41, d.lgs. 2007 n. 231).

La funzione di controllo del notaio risulta rafforzata dalla disposizione contenuta nell'art. 35, comma 22 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248<sup>(55)</sup> (c.d. riforma Bersani), che ha evidenziato la necessità di affrontare le problematiche del riciclaggio e dell'evasione fiscale in un'ottica unitaria. Tale norma, da un lato, ha introdotto il dovere delle parti di dichiarare, in tutti gli atti di cessione di immobili dietro corrispettivo, il prezzo effettivamente pattuito, a prescindere dal prezzo convenuto e risultante dall'atto e, dall'altro, ha reso necessario indicare analiticamente i "modi di pagamento del corrispettivo", contemplando sanzioni penali ed amministrative nel caso di dichiarazioni mendaci<sup>(56)</sup>.

La prescrizione normativa, che impone di inserire negli atti traslativi immobiliari i "modi di pagamento", va interpretata unitamente a quella di cui all'art. 49 d. lgs. 2007 n. 231, secondo la quale i trasferimenti di denaro contante (di libretti di deposito al portatore o di titoli al portatore), come si è visto, non possono mai essere eseguiti "direttamente" tra le parti.

Mentre la seconda previsione incide sui comportamenti, la prima incide, invece, sulla tecnica redazionale del contratto: disegnando *ex lege* vincoli di contenuto minimo e imponendo alle parti l'indicazione di alcuni elementi del regolamento negoziale, il contratto diventa veicolo di informazioni, in

---

<sup>(55)</sup> Sul punto, v. L. MEZZASOMA, *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, pp. 60 e 61, spec. nota 124, che, richiamando il monitoraggio sul valore reale degli immobili trasferiti, imposto dalla norma contenuta nell'art. 35, comma 22 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248), ne sottolinea la *ratio* non solo di contrasto dell'elusione fiscale, ma anche del riciclaggio di denaro sporco. Nel medesimo senso, P. LONGO, *Indicazione analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo, contratto per persona da nominare e successiva dichiarazione di nomina*, in *Studi e materiali, Consiglio Nazionale del Notariato*, n. 1, 2007, p. 812.

<sup>(56)</sup> Sul carattere completo della dichiarazione sulle modalità del pagamento, che deve indicare chiaramente "l'importo, il tempo, l'intermediario e gli effetti del pagamento stesso", v. M. LEO, *Dichiarazione sulle modalità di pagamento del prezzo (art. 35, comma 22 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223) e allegazione fotocopie assegni*, in *Studi e materiali, Consiglio Nazionale del Notariato*, n. 2, 2007, p. 1387.

attuazione del principio di trasparenza contrattuale<sup>(57)</sup>.

Le citate disposizioni, interpretate alla luce di siffatto principio, obbligano il professionista a predisporre una clausola di pagamento del prezzo, che deve indicare espressamente le modalità utilizzate per il versamento del denaro, indipendentemente dalla circostanza che il pagamento sia eseguito prima, durante o dopo la stipula del contratto. Si domanda, a questo punto, in quale misura la volontà dei contraenti di utilizzare modalità antiggiuridiche di pagamento possa incidere sullo svolgimento dell'attività professionale.

In primo luogo, quando ai professionisti sia domandata la preparazione di un atto di trasferimento di diritti, a qualsiasi titolo, con versamento in contanti per un valore superiore a 1.000 euro, senza il tramite degli intermediari abilitati, deve distinguersi, almeno per un aspetto civistico rilevante, la posizione del notaio rispetto a quella dell'avvocato.

In primo luogo, il comma 23 del citato art. 35, del d.l. 2006, n. 223 (convertito nella l. 2006, n. 248) precisa che il comma 22 dello stesso articolo, che impone alle parti di rendere apposita dichiarazione "recante l'indicazione analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo", si applica agli "atti pubblici ricevuti e alle scritture private autenticate a partire dal luglio 2006" e, dunque, è destinata agli atti redatti dal notaio. Inoltre, l'Ordinamento del notariato prevede soltanto per il notaio il dovere di prestare il proprio ministero ogni volta che ne sia richiesto (art. 27, c. 1, l. 16 febbraio 1913, n. 89), purchè non si tratti di ricevere o autenticare "atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico" (art. 28, c. 1, legge 1913 n. 89).

In relazione al quadro appena delineato, si comprende la *ratio* della previsione legislativa che impone un'applicazione delle misure antiriciclaggio "proporzionata alla peculiarità delle varie professioni e alle dimensioni dei destinatari" della normativa (art. 3, comma 4, d. lgs. 2007 n. 231). Da ciò discende una parziale diversa incidenza delle misure antiriciclaggio rispetto alla professione notarile e a quella forense, con differenti implicazioni di carattere pratico.

---

<sup>(57)</sup> Da tempo la dottrina sottolinea la connessione tra forma e contenuto a fini di trasparenza contrattuale. V., tra gli altri, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 13.

A titolo esemplificativo, si prenda in considerazione il caso in cui le parti di una compravendita immobiliare dichiarino di volere procedere al pagamento del prezzo, fissato in misura superiore a 1.000 euro, mediante trasferimento di contanti e richiedano l'inserimento di un'espressa previsione contrattuale in tal senso.

Qualora sia domandata all'avvocato la stesura di un simile negozio, egli avrà sempre il diritto o, meglio, il dovere, di rifiutare la prestazione pretesa dai clienti. In questo senso depongono i principi generali di correttezza e di diligenza professionale, che trovano una specifica espressione nella norma del codice deontologico forense, in base alla quale l'avvocato deve astenersi dal prestare la propria attività "quando dagli elementi conosciuti possa fondatamente desumere che essa sia finalizzata alla realizzazione di una operazione illecita" (art. 36 cod. deont. forense, canone IV)<sup>(58)</sup>.

Qualora sia richiesto, invece, al notaio di ricevere lo stesso atto, che non rispetti la normativa antiriciclaggio, il discorso si fa più complesso, proprio per l'esistenza del dovere normativo di prestare il ministero.

Il notaio è senza dubbio tenuto ad informare le parti delle conseguenze alle quali possono andare incontro in caso di violazione della normativa antiriciclaggio.

Si ritiene, peraltro, che il principio che obbliga il notaio a ricevere gli atti che gli vengono richiesti non potrebbe impedirgli di rifiutare la redazione di un contratto avente una clausola contraria al dettato del d. lgs. 2007 n. 231<sup>(59)</sup>; ciò in considerazione del ruolo di garante della legalità, che caratterizza la professione notarile e che risulta ulteriormente rafforzato da quanto disposto dal predetto comma 22 dell'art. 35, del d.l. 2006, n. 223.

---

<sup>(58)</sup> L'ultima versione del Codice deontologico forense, approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 17 aprile 1997, è quella risultante dalle modifiche apportate il 16 ottobre 1999, il 26 ottobre 2002, il 27 gennaio 2006, il 18 gennaio 2007, il 12 giugno 2008, il 15 luglio 2011 e, da ultimo, il 16 dicembre 2011.

<sup>(59)</sup> In questo senso, con riferimento, in generale, alla nullità parziale del contratto redatto dal notaio, v. G. CASU, *Il compito del notaio alla luce delle recenti norme in tema di nullità di protezione*, in *Studi e materiali, Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2006, n. 1, p. 85 ss., spec. p. 91.

È, però, possibile che le parti, nonostante l'informativa del notaio, abbiano insistito nella volontà di prevedere un pagamento in contanti che non rispetti la normativa antiriciclaggio, adducendo ragioni apparentemente meritevoli di tutela (si pensi, ad esempio, al caso di una persona che ha deciso di utilizzare il denaro contante accumulato nella cassaforte). In tal caso, il notaio, non trovandosi di fronte un contratto espressamente proibito dalla legge, potrebbe decidere di accogliere la richiesta dei clienti, traducendola in una corrispondente clausola, fermo restando l'obbligo, a suo carico, di effettuare la comunicazione dell'infrazione ai sensi dell'art. 51, comma 1, d. lgs. 2007 n. 231<sup>(60)</sup>.

Qualora poi le parti, pur essendo inizialmente intenzionate al pagamento in contanti, a seguito dell'informativa del notaio, dichiarino di volersi conformare al disposto normativo, potranno pagare il prezzo davanti al notaio e, in tal caso, costui avrà il dovere di controllare che i mezzi di pagamento utilizzati nell'operazione contrattuale siano appropriati secondo la normativa.

Quando, invece, il prezzo è pagato successivamente, non potrà porsi a carico del notaio il compito di accertarsi, successivamente alla stipulazione, il rispetto delle norme antiriciclaggio da parte dei contraenti. Questa sembra essere l'interpretazione desumibile dalla norma che, pur accollando al professionista lo svolgimento di verifiche costanti e aggiornate durante il rapporto con il cliente, tuttavia, limita nel tempo tale attività di vigilanza, circoscrivendola alla durata della prestazione professionale (art. 18, lett. d), d. lgs. 2007 n. 231).

5. — *La speciale nullità prevista dalla legge antimafia sui contratti pubblici.*

Un'ipotesi di invalidità del contratto per violazione di norme antiriciclaggio è prevista dalla legislazione speciale al fine di colpire le infiltrazioni cri-

---

<sup>(60)</sup> M. LEO, *Decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 e limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore*, in *Studi e materiali, Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2006, n. 2, p. 1459.

minali nelle procedure dei contratti pubblici di lavori, servizi o forniture<sup>(61)</sup>. Si tratta di un settore nel quale il legislatore interviene da tempo, anche con riferimento ad altri aspetti del rapporto contrattuale, sempre al fine di evitare connessioni tra la pubblica amministrazione e le imprese mafiose.

La sanzione di nullità, che investe l'intera fattispecie contrattuale, è delineata dalla norma di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010 n. 136, rimodellata incisivamente ad opera del d.l. 12 novembre 2010 n. 187<sup>(62)</sup>. Per effetto di tale legge, la pubblica amministrazione appaltante di lavori, servizi o forniture, è chiamata ad osservare l'obbligo della tracciabilità dei relativi pagamenti secondo determinate modalità, in modo da identificare le singole imprese coinvolte nelle operazioni.

---

<sup>(61)</sup> Per un'efficace trattazione dei contratti pubblici, in chiave di superamento della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico nella prospettiva del mercato, v. V. RICCIUTO e A. NERVI *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diritto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, spec. p. 158 ss.

<sup>(62)</sup> La legge 13 agosto 2010 n. 136, dal titolo "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia" (in G. U. 23 agosto 2010), è stata emanata nell'ambito del c.d. pacchetto straordinario contro le mafie, facendo seguito al d. l. 4 febbraio 2010 n. 4, convertito in l. 31 marzo 2010 n. 50. In argomento, v. M. MAZZEO, *Non si sfugge alla tracciabilità*, in *Resp. cin.*, 2010, p. 11 ss.; M. B. CAVALLO, *La tracciabilità dei flussi finanziari negli appalti pubblici. La recente normativa alla luce delle determinazioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1500 ss.; S. CAPOLUPO, *L. 13 agosto 2010 n. 136 – Appalti pubblici. Tracciabilità dei flussi finanziari e ricadute fiscali*, in *Fisco*, 2010, n. 36, p. 5831 ss.; R. DE NICTOLIS, *La nuova disciplina antimafia in materia di pubblici appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 1129 ss. Alcune modifiche alla legge 2010 n. 136 sono state introdotte dal d.l. 12 novembre 2010 n. 187, convertito nella legge 17 dicembre 2010 n. 217, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza"; il testo del decreto legge, coordinato con la legge di conversione, è pubblicato in G.U. n. 295 del 18 dicembre 2010. Si fa presente che, al momento in cui si scrive, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri del 3 agosto 2011 il decreto legislativo, recante "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010 n. 136" (pubblicata in G.U. n. 197 del 23 agosto 2010). Il Codice antimafia raccoglie tutta la normativa vigente in tema di misure di prevenzione e di certificazione antimafia. In particolare, istituisce la Banca Dati Nazionale Unica della documentazione antimafia nella quale devono essere inserite le Pubbliche amministrazioni, i concessionari di opere pubbliche, le aziende e le società vigilate e controllate dallo Stato o dagli enti locali al fine di eseguire le verifiche necessarie alla stipula, approvazione o autorizzazione dei contratti pubblici.

Innanzitutto, all'art. 3, comma 1, si stabilisce che gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese<sup>(63)</sup>, nonché i concessionari di finanziamenti pubblici, anche europei, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici, devono utilizzare conti correnti accesi presso banche o presso Poste italiane S.p.a. e dedicati, anche in via non esclusiva<sup>(64)</sup>, alle commesse pubbliche; inoltre, è previsto che tutti i relativi movimenti finanziari devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale o tramite altro strumento di pagamento idoneo a consentire la piena tracciabilità delle operazioni<sup>(65)</sup>.

Rileva, per le implicazioni con le violazioni al sistema antiriciclaggio, il disposto dell'art. 3, comma 8, l. 2010 n. 136, in base al quale la stazione appaltante, nei contratti pubblici sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai

---

<sup>(63)</sup> Secondo le disposizioni interpretative e attuative contenute nell'art. 6 della legge 17 dicembre 2010 n. 217, di conversione del d.l. 12 novembre 2010 n. 187, l'espressione "filiera delle imprese" si deve intendere riferita "ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto".

<sup>(64)</sup> In base all'art. 6 della legge 17 dicembre 2010 n. 217, di conversione del d.l. 12 novembre 2010 n. 187, l'espressione "anche in via non esclusiva" si deve interpretare nel senso che ogni operazione finanziaria relativa a commesse pubbliche deve essere realizzata tramite uno o più conti correnti bancari o postali, utilizzati anche promiscuamente per più commesse, purché per ciascuna commessa sia effettuata la comunicazione di cui al comma 7 del medesimo articolo 3 circa il conto o i conti utilizzati e nel senso che sui medesimi conti possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche comunicate.

<sup>(65)</sup> La tracciabilità dei flussi finanziari è assicurata dal fatto che gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'autorità di vigilanza sui contratti pubblici su richiesta della stazione appaltante e, ove obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP) relativo all'investimento pubblico sottostante (art. 3, comma 5, legge 2010 n. 136). I pagamenti in favore di enti previdenziali, assicurativi e istituzionali, nonché quelli in favore di gestori e fornitori di pubblici servizi, ovvero quelli riguardanti tributi, possono essere eseguiti anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale, ma resta fermo l'obbligo di documentazione della spesa. Per le spese giornaliere, di importo pari o inferiore a 1.500 euro, relative agli interventi di cui al comma 1, possono essere utilizzati sistemi diversi dal bonifico bancario o postale, ma rimangono in vigore il divieto di impiego del contante e l'obbligo di documentazione della spesa (art. 3, comma 3, legge 2010 n. 136, come modificato dal d.l. 12 novembre 2010).

servizi ed alle forniture, deve inserire, “a pena di nullità assoluta”, una clausola con la quale assume “gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari”<sup>(66)</sup>.

Il dato normativo in base al quale la nullità stabilita dalla legge 2010 n. 136 consegue al mancato inserimento della clausola, attesta che si tratta di una nullità di tipo formale, legata alla presenza di un difetto strutturale dell'atto e che deriva, senza dubbio, dalla natura cogente della disposizione. La regola, dalla duplice valenza, pubblicistica e privatistica, trova una prima giustificazione nella circostanza che il contratto con il quale il soggetto pubblico si procura beni e servizi, deve dare “evidenza” esteriore dell'interesse pubblico cui è preordinato, in modo tale che anche l'altro contraente, il soggetto privato, risulti vincolato alla sua realizzazione. Interesse pubblico e privato sembrano così compenetrarsi fino a confondersi, in coerenza con l'attuale ripensamento del concetto di interesse pubblico, che non risiede in ragioni superiori dello Stato, ma coincide col pieno sviluppo della persona e, dunque, è, al tempo stesso, interesse appartenente ai privati. I controlli pubblici antiriciclaggio rispondono ad interessi che sono pubblici e privati, posto che l'utilizzo dei capitali di origine criminosa falsa e distorce gravemente la concorrenza, ostacola la stabilità e l'efficienza dei mercati finanziari, minacciando sia i diritti delle imprese, sia i diritti dei consumatori, degli investitori e dei risparmiatori in genere.

Nell'articolato sistema predisposto dalla legge 2010 n. 136, l'interesse pubblico deve essere esteriorizzato nel contratto, attraverso determinati indici formali e contenutistici. Tali indici si pongono accanto a quelli già fissati dal codice dei contratti pubblici, con l'obiettivo sia di garantire una gestione oculata, conveniente e corretta delle risorse finanziarie pubbliche, sia di vincolare l'operato della pubblica amministrazione al rispetto dei principi

---

<sup>(66)</sup>Il citato d.l. 12 novembre 2010 n. 187, di modifica della legge 2010 n. 136, ha poi stabilito che i contratti pubblici stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 136, ossia prima del 7 settembre 2010, “ai sensi dell'art. 1374 del codice civile, si intendono automaticamente integrati con le clausole di tracciabilità previste dai commi 8 e 9 dell'art. 3 della legge n. 136 del 2010”. In tal modo, qualora le parti non provvedano volontariamente ad adeguare i vecchi contratti, mediante negozi integrativi, l'integrazione con la clausola di tracciabilità è automatica, così da evitare la nullità dei contratti.

comunitari di concorrenza e non discriminazione tra le imprese e di informazione, pubblicità e trasparenza dell'intero mercato<sup>(67)</sup>. A queste finalità, la suddetta legge aggiunge quella, più specifica, di rendere controllabile e sindacabile, sempre in attuazione del principio generale di trasparenza, le movimentazioni dei flussi finanziari provenienti dai contratti pubblici, al preciso scopo di far emergere i comportamenti delle imprese criminali.

La sanzione di nullità prevista dalla citata legge si riferisce ad un contratto privo di quella clausola, configurandosi come una nullità che coinvolge l'intero contratto. Non trova spazio, pertanto, il combinato disposto degli artt. 1419 e 1339 c.c. in tema di nullità parziale e sostituzione automatica di clausole nulle.

L'imposizione *ex lege* di quella determinata clausola contrattuale e il ricorso all'espressione ridondante di "nullità assoluta" pongono in risalto le differenze rispetto alle ipotesi di nullità speciale previste dalle norme di cui agli artt. 117 del testo unico bancario<sup>(68)</sup> e 23 del testo unico finanziario<sup>(69)</sup> per vari casi di inosservanza di obblighi formali e contenutistici. Queste norme, pur tutelando interessi di carattere generale simili a quelli sottesi alla normativa antiriciclaggio, configurano, tuttavia, nullità «di protezione»<sup>(70)</sup> fi-

---

<sup>(67)</sup> In generale, con riferimento al requisito di forma prescritto per la redazione dei contratti pubblici dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 130. In argomento, v. R. CARANTA, *Contratti pubblici (dir. amm.)*, in *Dig. discipl. pubbl., Aggiorn.*, I, Torino, 2008, p. 237 ss.; M. LIPARI, *Le fasi delle procedure di affidamento*, in *Tratt. sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, II, Milano, 2008, p. 950.

<sup>(68)</sup> La norma di cui all'art. 117 t.u.b., dopo aver imposto la forma scritta per la redazione del contratto bancario (comma 1), fissa, ai commi 4, 5, 6, 7 e 8, l'obbligo del c.d. "contenuto minimo" del contratto, al fine di assicurare alla parte debole del rapporto consapevolezza ed esatta percezione dei diritti e dei doveri contrattuali.

<sup>(69)</sup> La norma di cui all'art. 23 t.u.f., dopo aver richiesto, a pena di nullità, la forma scritta per la redazione del contratto di investimento (comma 1), stabilisce, al comma 2, che è nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico e che, in tali casi, nulla è dovuto dal cliente.

<sup>(70)</sup> Circa il concetto di «nullità protettiva», di protezione di interessi di ordine pubblico, v., tra gli altri, V. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. gjur.*, 1999, p. 612; G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di prote-*

nalizzate a proteggere l'interesse del contraente debole, sempre "relative", che, come tali, «possono essere fatte valere solo dal cliente» (v. art. 127, c. 2, t.u.b. e art. 23, c. 3, t.u.f.).

Diversamente, la nullità del contratto pubblico per mancanza della clausola di assunzione degli obblighi di tracciabilità non è una nullità relativa di protezione, sancita a vantaggio di uno dei contraenti, ma una nullità assoluta, di tipo tradizionale, che difende esclusivamente le istanze pubblicistiche di lotta alla criminalità organizzata e che, perciò, può essere fatta valere da chiunque abbia interesse (si pensi al secondo classificato nella gara), oltre che d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.). La *ratio* sottesa alla nullità di cui all'art. 3 della legge 2010 n. 136 trova conferma nelle diverse prescrizioni comportamentali rivolte non solo agli appaltanti, ma anche agli appaltatori dei lavori, servizi o forniture pubblici, i quali sono tenuti a collaborare per rendere possibile l'estinzione del debito secondo le modalità normativamente fissate.

Più esattamente, ai sensi del comma 7 dello stesso art. 3 della legge 2010 n. 136, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti e gli altri soggetti di cui al comma 1, sono obbligati a comunicare alla stazione appaltante o all'amministrazione concedente "gli estremi identificativi dei conti correnti

---

*zione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss. Sull' "inefficacia" delle clausole vessatorie, poi divenuta "nullità di protezione" di cui all'art. 36 c. cons., v.: C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 623-624; A. BELLELLI, *Inefficacia*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, *Commentario al cod. civ.* fondato da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2003, sub art. 1469 *quinquies* c.c., p. 1033 ss.; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., p. 979 ss. M. NUZZO, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, cit., p. 255 ss.; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 840 ss.; S. POLIDORI, *Nullità relativa e limiti alla disponibilità mediante convalida della tutela apprestata in favore del consumatore dal codice di settore*, in *Il diritto dei consumi realtà e prospettive*, a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma e V. Rizzo, cit., p. 211 ss. Con particolare riguardo alla nullità di protezione del contratto di acquisto di immobili da costruire per mancato rilascio della fideiussione da parte del venditore, v. L. MEZZASOMA, *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, cit., p. 138 ss. Sulla nullità di protezione nel codice delle assicurazioni, v. A. REDDI, *La "nullità di protezione" nel codice delle assicurazioni private*, in *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma e F. Rizzo, cit., p. 323 ss.

dedicati di cui al medesimo comma 1 entro sette giorni dalla loro accensione o, nel caso di conti correnti già esistenti, dalla loro prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative a una commessa pubblica, nonché, nello stesso termine, le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi. Gli stessi soggetti provvedono, altresì, a comunicare ogni modifica relativa ai dati trasmessi”.

Nel caso in cui l'appaltatore si rifiuti di inserire la clausola in esame, la stazione appaltante dovrebbe procedere alla revoca dell'aggiudicazione e disporre l'affidamento a favore del secondo classificato nella gara, a meno che particolari circostanze, specificamente indicate, rendano opportuna la ripetizione della gara. Una sanzione per l'appaltatore consiste nell'acquisizione, da parte della stazione appaltante, della cauzione provvisoria, che, secondo la norma di cui all'art. 75 del d. lgs. 2006 n. 163, copre la mancata sottoscrizione del contratto “per fatto dell'aggiudicatario”, ipotesi che può ravvisarsi quando la mancanza della clausola in questione impedisce la stipula di un negozio valido.

La necessaria cooperazione dei creditori all'attuazione del rapporto obbligatorio trova riscontro anche nella previsione che impone all'appaltatore e agli altri soggetti di cui al comma 1, che abbiano avuto notizia dell'inadempimento della controparte agli obblighi di tracciabilità, il dovere di darne immediata comunicazione alla stazione appaltante e alla prefettura territorialmente competente (art. 3, c. 8, legge 2010 n. 136).

E' significativo, altresì, che la norma sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applica non solo al primo appaltatore o fornitore della stazione appaltante, ma, a cascata, anche ai successivi subappaltatori o subfornitori<sup>(71)</sup>. In

---

<sup>(71)</sup> Ai sensi dell'art. 3, comma 9, legge 2010 n. 136 (come modificato dal d.l. 12 novembre 2010), la stazione appaltante deve verificare che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese interessate ai lavori, sia inserita, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale ciascuno di essi assume agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari. Tale obbligo di verifica presuppone che la stazione appaltante abbia la disponibilità dei vari contratti stipulati dall'appaltatore con gli altri soggetti della “filiera delle imprese”. Si ricorda che l'autorizzazione al contratto di subappalto deve essere rilasciata, ai sensi dell'art. 118 del d. lgs. 2006 n. 163, previa esibizione del relativo contratto e, ovviamente, se manca la clausola relativa agli obblighi di tracciabilità, l'autorizzazione non deve essere concessa. Sul punto, v. F. MICHELANGELO, *La tracciabilità finanziaria*

termini pratici, ciò vuol dire che la clausola di tracciabilità dei pagamenti dovrà essere presente sia nel contratto pubblico tra stazione appaltante e aggiudicatario, sia nei subcontratti, necessari all'esecuzione dell'appalto, che l'aggiudicatario stipula con i suoi fornitori e che tutti i pagamenti a favore dell'aggiudicatario devono transitare su conti correnti dedicati, allo stesso modo di tutti gli adempimenti eseguiti a favore dei fornitori dell'aggiudicatario, conclusi successivamente al contratto pubblico iniziale.

In tutte le ipotesi in cui le transazioni relative ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui all'art. 3, comma 1 e le erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche, siano effettuate senza avvalersi di banche o della società Poste italiane S.p.a., la legislazione antimafia relativa ai contratti pubblici, oltre ad irrogare al soggetto inadempiente una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 6 legge 2010 n. 136), contempla il rimedio della risoluzione legale del contratto.

Mentre la prima formulazione dell'art. 3, comma 8, della legge 2010 n. 136 prevedeva che il contratto pubblico dovesse contenere una clausola risolutiva espressa "da attivarsi in tutti i casi in cui le transazioni" fossero eseguite "senza avvalersi delle banche o della società Poste italiane", invece, a seguito del d.l. 12 novembre 2010 n. 187, il riferimento a tale clausola contrattuale è venuto meno.

Alla citata norma è stato aggiunto il comma 9 *bis*, secondo il quale "il mancato utilizzo del bonifico bancario o postale ovvero degli altri strumenti idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni costituisce causa di risoluzione del contratto". Atteso che non avrebbe senso ipotizzare la risoluzione di un contratto nullo, la norma presuppone, evidentemente, un contratto pubblico valido, nel quale sia stata inserita la clausola di assunzione degli obblighi di tracciabilità ed ha riguardo all'ipotesi in cui l'obbligazione di dare denaro non venga adempiuta nei modi stabiliti dalla legge.

La clausola risolutiva espressa prefigurata dalla formulazione legislativa originaria, ai sensi dell'art. 1456, comma 2, c.c., legittimava la parte a valersi della clausola, dichiarando la risoluzione di diritto del contratto per inadem-

---

*nei contratti pubblici*, in *Corr. merito*, 2011, n. 3, p. 237 ss.

pimento nel caso del mancato ricorso agli strumenti prescritti per effettuare i relativi pagamenti<sup>(72)</sup>. In questa prospettiva, la risoluzione non sarebbe derivata automaticamente dall'inadempimento dell'obbligo specificamente indicato nella clausola, restando libera la parte di esercitare o meno il diritto potestativo conferitole dalla clausola stessa. Ove le parti non avessero previsto la clausola risolutiva espressa, trattandosi di clausola "imposta" dalla legge, avrebbe dovuto operare il meccanismo dell'inserzione automatica contemplato dall'art. 1339 c.c.

La modifica operata dal d.l. 2010 n. 187, invece, escludendo anche ogni riferimento alla necessaria attivazione della parte che intende sciogliere il contratto, induce a ritenere che il pagamento effettuato senza l'osservanza della prescrizione normativa, determini automaticamente l'inefficacia sopravvenuta del contratto; quest'ultimo si risolverà di diritto non solo a prescindere da ogni valutazione – già preventivamente effettuata dalla legge – in ordine alla gravità e importanza dell'inadempimento, ma, anche e soprattutto, senza bisogno di alcuna manifestazione di volontà in tal senso. Infatti, la dichiarazione della parte di volersi avvalere di una clausola risolutiva espressa presuppone la disponibilità degli interessi in gioco, mentre la norma di cui all'art. 3 della legge 2010 n. 136, come già detto, tutela l'interesse indisponibile, che è alla base della disciplina antiriciclaggio e che non consente ai privati di evitare l'effetto risolutivo disposto imperativamente dalla legge.

Dai dati normativi esaminati, in conclusione, si deduce che un pagamento di lavori pubblici, eseguito con mezzi diversi da quelli ritenuti idonei dall'ordinamento a garantirne la tracciabilità, è reputato *ipso iure* un inadempimento "grave". Di conseguenza, in un'eventuale controversia insorta tra le parti circa l'effettiva esistenza dell'inadempimento lamentato, la pronuncia del giudice avrebbe carattere meramente dichiarativo, essendo volta ad accertare l'intervenuta risoluzione e la corrispondente situazione di inefficacia del contratto.

Atteso che i contratti pubblici di lavori sono contratti ad esecuzione pro-

---

<sup>(72)</sup> In tema di clausola risolutiva espressa, A.SMIROLDI, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, p. 109 ss.; F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 196; M. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, p. 1 ss.; M.GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998, p. 13 ss.

lungata nel tempo, continuata o periodica, la risoluzione non potrà avere efficacia retroattiva, ma, ai sensi dell'art. 1458, comma 1, c.c., decorrerà dal momento della relativa pronuncia, restando impregiudicati gli effetti delle prestazioni contrattuali già eseguite, per le quali continuerà ad essere dovuta la controprestazione.

In applicazione della regola generale in tema di risoluzione per inadempimento, l'appaltante dovrà non solo tenere indenne l'appaltatore delle opere già svolte, ma anche risarcirgli l'eventuale danno, rappresentato dalle spese sostenute, ad esempio per l'acquisto dei materiali, e dal mancato guadagno derivante dalla cessazione dei lavori.

6. — *La nullità dell'operazione contrattuale compiuta in funzione del riciclaggio.*

Nella pratica, l'investimento nell'acquisto di beni, specie di immobili, potrebbe costituire un importante canale per riciclare ingenti quantitativi di denaro di provenienza illecita.

Nonostante il d.lgs. 2007 n. 231 sanzioni il comportamento illecito delle parti sotto il profilo amministrativo, senza prendere in considerazione il contratto, tuttavia, nel silenzio della legge, la conseguenza della nullità del contratto non può escludersi *a priori*, dovendosi, di volta in volta, verificare la ragione pratica che i contraenti hanno avuto di mira con l'operazione contrattuale. L'indagine è contraddistinta da un ampio margine di incertezza, che induce il professionista ad una condotta cautelativa. Tale condotta è rigorosamente imposta dalla legge al notaio<sup>(73)</sup>, il quale è tenuto ad indagare

---

<sup>(73)</sup> Sulla responsabilità civile e disciplinare del notaio nella redazione dell'atto nullo, P. G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, p. 480 ss.; U. LA PORTA, *La responsabilità professionale del notaio, profili di responsabilità civile e penale del pubblico ufficiale*, Torino, 2003, spec. p. 43 e p. 52; A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 76 ss. Cfr. G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. prin.*, 2001, p. 458 ss., il quale, con riguardo ad un caso di responsabilità disciplinare del notaio, per violazione dell'art. 28 legge notarile, per aver ricevuto un atto contenente clausole abusive, afferma che la responsabilità derivante dalla nullità dell'atto dovrebbe escludersi quando la

e ricostruire esattamente la volontà delle parti e a curare, sotto la propria direzione e responsabilità, la compilazione integrale dell'atto (v. art. 47, c. 2, legge 1913 n. 89)<sup>(74)</sup>.

Il notaio ricopre la doppia veste giuridica, di pubblico ufficiale (v. art. 1, l. 1913 n. 89) che riceve gli atti attribuendo loro pubblica fede, e di libero professionista, che fornisce consulenza in ambito contrattuale, fiscale e successorio e svolge le attività connesse alla stipula, preparatorie e successive. Pertanto, quando il notaio, su incarico dei clienti, riceve un atto pubblico, egli ha non solo il compito di accertamento della volontà delle parti e di compimento di tutte le attività accessorie che garantiscono la realizzazione del risultato pratico perseguito dalle parti, ma anche la funzione, più spiccatamente pubblicistica, di assicurare la garanzia di certezza del rogito notarile. Fin dalla fase iniziale di contatto con il cliente, egli deve tendere al miglior risultato per le parti ed è tenuto a svolgere un'attività interpretativa, avente ad oggetto la volontà esposta dai clienti e, quindi, è tenuto alla raccolta di informazioni e all'elaborazione di un regolamento contrattuale, che soddisfi i loro interessi, purchè ritenuti meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Ove la comune intenzione delle parti non sia conforme alle inderogabili disposizioni di legge, il notaio è chiamato all'adattamento del regolamento di interessi perseguito dalle parti alle norme di riferimento.

Tale funzione di adeguamento non spetta soltanto al notaio, ma anche all'avvocato<sup>(75)</sup> che sia incaricato dal cliente di predisporre un negozio di

---

negligenza, "in relazione alla complessità delle fonti, alla loro difficoltà interpretativa, alla peculiarità del contenuto contrattuale od alla necessaria speditezza dell'attività notarile, possa ritenersi lieve". In giurisprudenza, v. Cass. 13 gennaio 2003, n. 309, in *Dir. giust.*, n. 9, 2003, p. 24 ss., con nota di M. ROSSETTI, *Arriva il "consenso informato" anche per i clienti dei notai*.

<sup>(74)</sup> U. LA PORTA, *La responsabilità professionale del notaio, profili di responsabilità civile e penale del pubblico ufficiale*, cit., p. 41.

<sup>(75)</sup> La giurisprudenza tende a considerare, quale obbligazione di risultato e non di mezzi, quella dell'avvocato, quando costui è chiamato alla predisposizione di un contratto per conto del cliente; egli, infatti, deve assicurare il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dal cliente, che è quello della redazione del contratto. V., in tal senso, Cass. 21 marzo 1997, n. 2540, in *Corr. giur.*, 1997, p. 547, con nota di V. CARBONE; Cass. 30 luglio 2004, n. 14597, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2934. In dottrina, R. CLARIZIA, R. RICCI, *La responsabilità civile dell'avvo-*

natura patrimoniale. Anche l'avvocato è investito del dovere di informare il cliente circa le conseguenze giuridiche derivanti dall'atto e del dovere, eventualmente, di dissuaderlo dalla stipulazione, ove sussistano indici di sospetto <sup>(76)</sup>. In questo senso, depono la normativa antiriciclaggio che, all'art. 18, lett. c), d. lgs. 2007 n. 231, impone al professionista chiamato ad adempiere gli obblighi di adeguata verifica della clientela, anche di "ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura" della prestazione professionale. Occorre tener presente che, per assicurare l'efficacia dei precetti contenuti nel Titolo

---

*cato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 153 ss.; P. G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, cit., p. 475; M. FRANZONI, *La responsabilità professionale dell'avvocato e del procuratore legale*, in *La responsabilità civile*, 2005, p. 752; G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006, p. 785 ss.; M. SELLA, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali* a cura di P. Cendon, Milano, 2007, p. 973 ss., il quale ipotizza la responsabilità dell'avvocato in relazione alla violazione dell'art. 88 c.p.c., che impone il dovere di lealtà, oltre che alle parti, ai loro difensori; D. COVUCCI, *La responsabilità professionale dell'avvocato: l'evoluzione continua*, in *Danno resp.*, 2011, p. 742 ss.; R. CONTE, *In tema di responsabilità civile e deontologica dell'avvocato: novità giurisprudenziali e normative*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 345 ss.

<sup>(76)</sup> Quando il cliente, che è tenuto giuridicamente a fornire tutte le informazioni che gli vengono richieste (v. art. 21, d. lgs. 2007 n. 231), non intende comunicarle, all'obbligo di verifica si unisce immediatamente l'obbligo di segnalazione. Dinanzi al semplice sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, la segnalazione dovrebbe comunque essere effettuata, perchè al professionista è imposto di astenersi dall'eseguire l'operazione, per consentire, eventualmente, all'Unità di Informazione Finanziaria di sospenderla ai sensi dell'art. 6, c. 7, lett. c) del d. lgs. 2007 n. 23. Ai sensi dell'art. 6, c. 7, lett. c), d. lgs. 2007 n. 231, la UIF, avvalendosi delle informazioni raccolte nello svolgimento delle proprie attività, "può sospendere, anche su richiesta del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza, della DIA e dell'autorità giudiziaria, per un massimo di cinque giorni lavorativi, sempre che ciò non pregiudichi il corso delle indagini, operazioni sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, dandone immediata notizia a tali organi". La decisione sull'eventuale astensione è, tuttavia, rimessa alla discrezionalità del professionista, il quale, talvolta, potrebbe trovarsi in condizione di eseguire necessariamente la prestazione professionale o perchè vi sia un obbligo legale di ricevere l'atto (i notai, di fronte ad un'operazione sospetta, non dovrebbero rifiutare la prestazione del loro ministero) o perchè l'operazione, per sua natura, non possa essere rinviata o, infine, perchè sussista il rischio che l'astensione ostacoli il corso delle indagini. In queste ipotesi, nelle quali l'astensione non sia possibile, la norma di cui all'art. 23, c. 3, del d. lgs. 2007 n. 231 ammette che la prestazione professionale venga eseguita, fermo restando l'obbligo di segnalare immediatamente all'UIF come operazione sospetta. Sul punto, v. G. COLAVITTI, *Disciplina antiriciclaggio e avvocati: "Buone notizie" dalla Corti europee*, in *Rass. fiorense*, 2008, p. 354 ss., spec. p. 358.

II, Capo I, concernenti gli obblighi di identificazione e gli altri obblighi di adeguata verifica dei clienti e di registrazione, il legislatore ha previsto diverse sanzioni di carattere penale (v. art. 55, d. lgs. 2007 n. 231). In questo modo, il legislatore ha inteso valorizzare il ruolo attivo del professionista legale, innalzando il livello di diligenza richiesta nella fase preliminare di studio dell'operazione contrattuale.

Costui è chiamato al giudizio circa la possibile invalidità dell'operazione negoziale, in quanto la violazione di norme imperative di condotta potrebbe dar luogo ad una declaratoria di nullità del contratto quando i comportamenti antiggiuridici trovano attuazione all'interno delle determinazioni convenzionali<sup>(77)</sup>.

---

<sup>(77)</sup> M. NUZZO, *Negozio giuridico, IV) Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, in *Le istituzioni del diritto privato* (a cura di M. Nuzzo), 1, Torino, 2005, p. 222; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1994, p. 463 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 167 ss., spec. p. 181; U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, v. XIII, t. III, Torino, 1999, pp. 133-134; V. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 612; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 617 ss., il quale riferisce la nullità virtuale alle ipotesi in cui la violazione della legge deriva dall'illiceità della causa o del contenuto, da un giudizio di dannosità sociale e, quindi, di immeritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento; E. QUADRI, *Nullità a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1143 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, VII, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, Torino, 2002, p. 128 ss.; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 200 ss.; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 5 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 96 ss. e p. 292 ss., spec. p. 299; G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e la nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 149 ss.; P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 323 ss., in part. p. 335 e p. 338; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 498; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, III, Milano, 2006, p. 810 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 535 ss., secondo il quale l'illiceità "può derivare soltanto dalla violazione di ben determinati principi e regole di condotta: quelli che, alla luce dei valori promossi dall'ordinamento, governano (attraverso i parametri dell'illiceità) l'esercizio della libertà contrattuale, efficiente alla definizione dell'assetto di interessi dedotto in contratto"; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss., spec. p. 446.

Con riguardo al contratto di compravendita, nel quale le parti intendano pagare il corrispettivo con mezzi non conforme alla normativa antiriciclaggio, occorre indagare se sia suscettibile di sanzione, oltre alla condotta delle parti, anche il contratto tra le stesse concluso, ai sensi dell'art. 1418 c.1, c.c.

La presenza della diversa sanzione (v. art. 1418, c. 1: “salvo che la legge disponga diversamente”), qui di natura penale o amministrativa, che dovrebbe precludere la nullità del contratto, dovrebbe essere un rimedio congruo ed efficiente sotto il profilo della soddisfazione dell'interesse leso, dovrebbe, cioè, assicurare in ogni caso l'effettività della norma imperativa violata<sup>(78)</sup>.

Il ragionamento basato sulla distinzione dogmatica tra regole di validità e regole di buona fede porterebbe ad escludere, in ogni caso, la nullità del contratto, perchè il “trasferimento di denaro”, al quale fa riferimento l'art. 49, c. 1, d.lgs. 2007 n. 231 è un comportamento, che, se operato contravvenendo alla legge, non potrebbe determinare mai la nullità del negozio.

Le note sentenze gemelle n. 26724 e n. 26725 del 2007 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>(79)</sup>, in base alla contrapposizione fra norme di validità e norme di buona fede, escludono che dalla violazione di norme im-

---

<sup>(78)</sup> G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 446 ss., che fa riferimento al criterio del “minimo mezzo”, secondo il quale “la nullità deve essere esclusa se l'esigenza perseguita dal legislatore mediante la previsione della specifica sanzione (civilistica, penale o amministrativa) sia compiutamente realizzata con la relativa irrogazione”. Analogamente, G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 380. Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 989, per il quale la nullità va esclusa non solo in presenza di una espressa disposizione di legge contraria, ma anche “quale risultato di una ricostruzione della *ratio legis*”: dalla violazione di una norma imperativa discende, dunque, la nullità quando la norma mira a tutelare interessi generali, ma non quando tutela interessi settoriali o di carattere amministrativo. In giurisprudenza, sul punto, per tutte, Cass. 2003 n. 5372, in *Giur. it.*, 2004, p. 1624, con nota di I. CANFORA, *Sulla questione delle conseguenze della rivendita del fondo acquistato in prelazione agraria*, che esclude la nullità quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi, come la decadenza dai benefici fiscali; Cass. 11 dicembre 1991, n. 13393, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1748;

<sup>(79)</sup> Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, in *Corr. giur.*, 2008, p. 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss.

perative di comportamento possa derivare la nullità del contratto, al di fuori dei casi in cui la legge lo preveda espressamente. Secondo questa impostazione, la nullità virtuale del contratto per contrarietà a norme imperative, in difetto di previsione normativa, potrebbe essere dichiarata solo in caso di violazione di norme imperative di validità. Il dogma della non interferenza tra regole di validità e di regole di comportamento nega qualsiasi forma di reciproca integrazione tra i due piani di regole, ritenute rispondenti a logiche differenti: alla logica strutturale della fattispecie, le prime, alla logica funzionale del contratto, le seconde.

Il problema, tuttavia, non è risolvibile in base al dogmatismo, che non permette all'interprete di cogliere il significato autentico della realtà. Va, infatti, abbandonato l'approccio basato su regole ermeneutiche assolute e immutabili ed accolto il ragionamento sistematico e assiologico, fondato sui principi costituzionali e comunitari, condizionato dal divenire del contesto storico-sociale di riferimento<sup>(80)</sup>. Occorre, in altri termini, ridimensionare

---

<sup>(80)</sup> Sulla nozione di "dogma", v. E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, 1939, p. 7 ss. Sul concetto di "dogmatismo", come "atteggiamento di chi accetta acriticamente idee tramandate" e sulla sua distinzione dalla "dogmatica" quale "ricerca dei concetti e dei principi più generali che caratterizzano un ordinamento giuridico", si veda A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, p. 223 ss., spec. p. 256, p. 263, p. 293 e pp. 298-299, il quale sottolinea il permanente ruolo della dogmatica, destinata a durare nel tempo come guida dell'attività scientifica, senza contraddire il continuo divenire della realtà giuridica. A favore del superamento del dogmatismo, che non permette all'interprete di cogliere il significato autentico della realtà giuridica, v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., II, p. 558 ss., spec. pp. 618-619, il quale afferma che "Dal confronto fatto-norma si individua il significato giuridico da riservare a quel fatto concreto e l'ordinamento assume un significato reale, senza perdere la sua intrinseca funzione di "ordinare". Chiarisce, altresì, che "La teoria dell'interpretazione (intesa come unità di interpretazione e qualificazione) supera la contrapposizione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, e mira alla massima valorizzazione delle particolarità del fatto. Ciò non mediante un meccanico procedimento di sussunzione in rigidi (e non del tutto corrispondenti) schemi legislativi, ma individuando la normativa maggiormente compatibile con gli interessi e i valori in gioco, secondo la gerarchia che di essi propone l'ordinamento e tenendo conto di tutte le circostanze attenuanti e aggravanti del caso, sì da relativizzare la decisione senza venir meno al principio di uguaglianza. Si tratta di valutare il fatto - analizzandolo anche in quelle che potrebbero apparire condizioni o modalità marginali od accessorie -, di

l'utilità di categorie precostituite dalla dottrina ed interpretare la realtà in base ai principi generali. La moderna dottrina<sup>(81)</sup> ha osservato che numerosi indici legislativi<sup>(82)</sup> assegnano rilievo al comportamento anti giuridico della parte ai fini di una declaratoria di invalidità del contratto e, così facendo,

---

individuare la normativa del caso concreto alla luce delle regole e dei principi, ricercando nell'ambito dell'ordinamento la disciplina più adeguata a quel determinato assetto di interessi"; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 173 ss., spec. p. 174 p. 338 e p. 342.

<sup>(81)</sup> Per il superamento della rigida distinzione, V. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1985, p. 485 ss.; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 46-51; ID., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*; G. ALPA, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, Padova, 1998, sub art. 21, p. 219; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 211 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 172 ss., in part. pp. 177-178; M. NUZZO, *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, sub art. 38, p. 256; ID., *Disciplina dei contratti e diritto penale (Il ruolo del diritto civile nella confluenza tra aree disciplinari diverse)* in *Il diritto civile oggi*, Atti del 1° Convegno Nazionale, Capri, 7-8-9 aprile 2005, Napoli, 2006, p. 857 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 403 ss.

<sup>(82)</sup> Si fa riferimento alle seguenti disposizioni, che prevedono nullità testuali rientranti non nel primo, ma nel terzo comma dell'art. 1418 c.c.: quella di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998, che stabilisce la nullità del patto attraverso il quale un imprenditore realizza l'abuso di dipendenza economica, qualora ricorra il duplice presupposto delle condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie e della loro imposizione nei confronti di un'altro imprenditore che versi in stato di dipendenza economica; quella di cui all'art. 36 c. cons., che, nei contratti con i consumatori, dispone la nullità delle clausole di cui sia accertata la vessatorietà ai sensi degli artt. 33 e 34; quella di cui all'art. 53, c. 3, c. cons., che, con riguardo ai contratti a distanza conclusi telefonicamente con i consumatori, stabilisce, a pena di nullità del contratto, che l'identità del fornitore e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati inequivocabilmente all'inizio della telefonata, prevedendo, così, la nullità del contratto per violazione di una norma comportamentale; quella di cui all'art. 7, c.1, del d. lgs. n. 231 del 2002, che, in tema di dilazione dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali, sancisce la nullità dell'accordo sulla data di pagamento che, "avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore".

portano a superare il dogma della non interferenza tra regole di validità e di regole di comportamento.

Non è infrequente, nella pratica, notare casi di connessione tra contratti e condotte che concretano riciclaggio o altri reati. Le regole penali sono tutte “regole di comportamento”, che, però, possono diventare “regole di validità” del contratto.

Il dubbio se la nullità virtuale di cui al primo comma dell’art. 1418, c. 1 c.c. possa talora configurarsi rispetto al contratto posto in essere in violazione di norme penali, che nulla prevedano in ordine alla sanzione sul piano civile, può sciogliersi soltanto considerando il nesso tra la violazione della norma imperativa penale e gli effetti della singola operazione perseguiti in concreto<sup>(83)</sup>. In base a tale approccio dinamico-funzionale, la nullità può essere dichiarata quando gli effetti del contratto concluso ledono direttamente gli interessi protetti dalla norma e, quindi, allorchè si rende indispensabile, per attuare la *ratio legis*, cancellare tali effetti.

Secondo una diversa opinione dottrinale<sup>(84)</sup>, il comportamento considerato dalla norma penale non avrebbe alcun riflesso sul piano dell’invalidità del contratto, ma la tesi, basandosi sull’idea dell’incomunicabilità tra ordinamento civile e ordinamento penale, si pone in contrasto con il principio di unitarietà dell’ordinamento giuridico.

La via corretta per risolvere il problema sta, invece, nel valorizzare gli scopi concretamente perseguiti dalle parti e il risultato ultimo al quale tendono. In altre parole, occorre passare dalla concezione “strutturale” della nullità, che qualifica una fattispecie come priva di effetti in quanto contraria all’ordinamento, alla concezione “funzionale” della nullità, che sanziona la “sintesi degli effetti giuridici” del negozio, ossia il contratto non semplicemente come “fatto”, ma come insieme delle conseguenze giuridiche che a quel fatto si ricollegano<sup>(85)</sup>. Ciò posto, il rimedio della nullità potrà scaturire

<sup>(83)</sup> Così, U. BRECCIA, *Contrarietà alle norme imperative*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Besone, *Il contratto in generale*, cit., pp. 157-159.

<sup>(84)</sup> FR. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 471.

<sup>(85)</sup> V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, cit., pp.

non solo dalla violazione di norme di validità dell'atto, ma anche dalla violazione di norme dell'attività, potendo la produzione degli effetti giuridici discendere sia dall'atto che dall'attività<sup>(86)</sup>.

Si ritiene, dunque, che, se il trasferimento della somma di denaro, operato senza gli strumenti prescritti di canalizzazione bancaria, costituisca il mezzo per commettere il reato di riciclaggio, tale attività sarebbe in grado di influire negativamente sulla validità del negozio posto in essere. A questa conclusione si perviene dando rilievo non solo agli interessi sottesi al singolo rapporto, ma agli interessi ad esso collegati, alla qualità delle parti, alla particolare natura dei beni e dei servizi oggetto della contrattazione, alle condizioni del mercato in cui ha luogo lo scambio e, dunque, all' "attività" della quale il contratto, costituisce una componente.

In questa prospettiva finalistica, la dottrina<sup>(87)</sup>, seguita da parte della giu-

---

837-839. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 95 ss.; E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 142-143., spec. p. 137, il quale afferma che "nella disciplina del fatto giuridico, tradizionalmente deputata alla garanzia della certezza del traffico giuridico, viene ricompresa la disciplina del comportamento, il cui punto di riferimento è il rapporto obbligatorio ricorrente fra le parti"; G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 787, il quale afferma che "se il programma contrattuale dipende sempre meno dalla volontà delle parti e sempre più dalla legge conformatrice, la ratio dell'invalidità e dell'inefficacia non si trova più sul piano dell'atto e dei suoi elementi ma nella dimensione del regolamento complessivo".

<sup>(86)</sup> P. PERLINGIERI e P. FEMIA, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, cit., p. 57, ove si precisa che "fattispecie di effetti giuridici è non soltanto l'atto ma anche l'attività", intesa come "una serie coordinata di fatti umani, unificati da una finalità comune" e si fa l'esempio dell'attività di impresa (art. 2082 c.c.).

<sup>(87)</sup> Sul tema, M. MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, p. 68 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 133; M. RABITTI, *Controllo di validità degli atti strumentali ai reati fallimentari e disciplina della revocatoria*, nota a Trib. Teramo, 3 agosto 1995, in *Riv. dir. civ.*, II, 1997, p. 341 ss.; ID., *Contratto illecito e norma penale*, Roma, 1999, p. 58, secondo cui, mentre nel giudizio di responsabilità oggetto di valutazione è il comportamento individuale, nell'invalidità l'oggetto del giudizio non è il comportamento "ma l'autoregolamento che è costituito dalla fattispecie negoziale"; da ultimo, I. LEONCINI, *Reati-contratto e reati in contratto*, Relazione tenuta al Convegno di Studi sul tema "Contratto e reato", Camerino, 23-24 settembre 2011.

risprudenza<sup>(88)</sup>, ha stabilito alcuni criteri in base ai quali è possibile pervenire alla dichiarazione di nullità del contratto.

In primo luogo, non è sufficiente che la norma penale vieti la condotta riprovevole di un contraente, ma occorre che colpisca direttamente il regolamento di interessi, cioè il risultato del comportamento di tutte le parti<sup>(89)</sup>.

Più esattamente, si tende a distinguere tra “reati-in-contratto”, nei quali l’operazione non presenta un “disvalore intrinseco alla natura o alla finalità del rapporto” ed è punita soltanto la condotta illecita di una delle parti per il modo in cui il contratto viene concluso (si pensi alla truffa contrattuale) e “reati-contratto”, nei quali il diritto penale vieta proprio la conclusione del negozio, o l’esecuzione delle relative obbligazioni, in considerazione della finalità pratica perseguita (si pensi alla vendita di sostanze stupefacenti).

In questa seconda ipotesi, la stipulazione del contratto si identifica con il reato, l’attività criminosa si immedesima con l’attività negoziale e l’operazione contrattuale dovrebbe considerarsi inevitabilmente nulla, in quanto inficiata

---

<sup>(88)</sup> Cass. 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Riv. not.*, 1980, p. 134, nel qual caso la giurisprudenza ha considerato nullo per contrarietà a norma imperativa il contratto concluso da chi si trova in stato di incapacità di intendere e di volere ove integri il reato di circonvenzione di incapaci. Mancherebbe, in tale ipotesi, il necessario consenso della vittima della circonvenzione, la quale porrebbe in essere un atto di autonomia privata non secondo la sua volontà, ma secondo la volontà dell’autore del reato. La nullità virtuale, dunque, discenderebbe dalla mancanza del requisito essenziale dell’accordo, provocata dal comportamento illecito di una delle parti. Da altra angolazione si pone altra giurisprudenza, la quale precisa che la lesione dell’autonomia negoziale di colui che è privo della capacità di intendere e di volere si sostanzia nella violazione di un principio generale di ordine pubblico di tutela dell’incapace, tale da determinare la nullità del contratto. In tal senso, Cass. 22 aprile 2008, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce Circonvenzione di incapaci, n. 6; Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corr. giur.*, 1995, p. 217, con nota di V. MARICONDA; Cass. 13 settembre 2000, n. 12067, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 69 ss.; In dottrina, da ultimo, M. MANTOVANI, *Norme penali e nullità virtuale*, Relazione tenuta al Convegno di Studi sul tema “Contratto e reato”, Camerino, 23-24 settembre 2011.

<sup>(89)</sup> In tal senso, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 619; U. BRECCIA, *Contrarietà alle norme imperative*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, cit., p. 234, che richiama la distinzione tra “reati-contratto” e “reati-in-contratto”; A. DI MAJO, *Le nullità da disvalore*, in *Il contratto in generale*, cit., p. 84; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 748; A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002, pp. 98-99; A. DI AMATO, *Contratto e reato, Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 224 ss., spec. pp. 227-228.

da illiceità dell'oggetto o della causa o del motivo che sia stato comune alle parti e determinante per la stipulazione.

La soluzione appena indicata è conforme alla rivisitazione del concetto di causa concreta del negozio, che è stata operata dalla più attenta dottrina e giurisprudenza<sup>(90)</sup>.

La moderna nozione di causa consente di valutare la meritevolezza dell'interesse realizzato non tanto con riferimento alla tipica funzione economico-sociale<sup>(91)</sup> del singolo contratto, ma alla pluralità di operazioni poste in essere in concreto, al valore e alla portata che i contraenti hanno assegnato effettivamente all'accordo nella sua globalità. Qualora gli interessi entrati, anche tacitamente, nel contenuto contrattuale, siano volti al riciclaggio di denaro, la conseguenza, sul piano civilistico, non potrà che essere la nullità dell'atto negoziale.

La costruzione trova conferma anche nella prassi giurisprudenziale<sup>(92)</sup>,

---

<sup>(90)</sup> In dottrina, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 586; P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, cit., p. 376, il quale identifica la causa con la "funzione economico-individuale", precisando che essa è "costituita dall'incontro del concreto interesse con gli effetti essenziali del contratto"; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, *ad vocem*; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, p. 91; ID., *Negozio giuridico, IV) Negozio illecito*, cit., p. 8; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, p. 483; G. FERRANDO, *Motivi*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1988, *ad vocem*; ID., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 127 ss.; A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 229. In giurisprudenza, per tutte, Cass. 8 maggio 2006 n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, che ricostruisce la causa come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare: "sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto".

<sup>(91)</sup> In giurisprudenza, v. Cass. 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 734, secondo cui la causa del contratto coincide con la funzione economico-sociale del negozio.

<sup>(92)</sup> Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corr. giur.*, 1995, p. 217, con nota di V. MARICONDA; Cass. 13 settembre 2000, n. 12067, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 69 ss.; Cass. 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Riv. not.*, 1980, p. 134, nel qual caso la giurisprudenza ha considerato nullo per contrarietà a norma imperativa il contratto concluso da chi si trova in stato di incapacità di intendere e di volere ove integri il reato di circonvenzione di incapaci. Mancherebbe, in tale

ove la questione viene risolta, talvolta, nel senso della nullità del contratto per illiceità della causa.

Ad esempio, la giurisprudenza <sup>(93)</sup> ha affermato la nullità di un appalto di lavori pubblici, aggiudicato grazie al pagamento di tangenti alla pubblica amministrazione, in quanto ha ravvisato un collegamento funzionale tra l'accordo criminoso e il contratto, rivolti a realizzare la stessa funzione illecita. Si rileva, infatti, che la violazione delle norme prescritte a garanzia dell'interesse pubblico, per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato, è preordinata alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite perchè penalmente rilevanti, configurando il reato di corruzione.

---

ipotesi, il necessario consenso della vittima della circonvenzione, la quale porrebbe in essere un atto di autonomia privata non secondo la sua volontà, ma secondo la volontà dell'autore del reato. La nullità virtuale, dunque, discenderebbe dalla mancanza del requisito essenziale dell'accordo, provocata dal comportamento illecito di una delle parti. Da altra angolazione si pone altra giurisprudenza la quale precisa che la lesione dell'autonomia negoziale di colui che è privo della capacità di intendere e di volere si sostanzia nella violazione di un principio generale di ordine pubblico di tutela dell'incapace. In tal senso, Cass. 22 aprile 2008, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce Circonvenzione di incapaci, n. 6. In dottrina, M. MANTOVANI, convegno Camerino 23 e 24 settembre 2011 ; F. DI MARZIO,

<sup>(93)</sup> Per tutte, Cass., 16 febbraio 2010, n. 3672, in *Guida agli enti locali, Sole 24 ore*, n. 13, 2010, p. 52 ss.





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

*Collane di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo*

sottoposte a peer review a cura del Comitato scientifico, secondo i criteri stabiliti per la Rivista e pubblicati all'indirizzo [www.rivistadirittoeprocesso.eu](http://www.rivistadirittoeprocesso.eu)

---

### ***Publicazioni:***

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

### ***Monografie:***

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006, p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra Diritto Interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.
15. ROBERTO CIPPITANI, *la sovvenzione come rapporto giuridico*, 2012, p. 404.

### ***Quaderni:***

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... conparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.
3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.

5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

### ***Manuali:***

1. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

### ***Studi Tematici:***

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra america latina ed europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.

### ***Jean Monnet Chair TeKla Studies:***

1. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *El Derecho en la Sociedad del conocimiento*, 2012, pp. 170.

*Pubblicato nell'anno 2012*  
*Impresso in Italia nel giugno 2012*