RIVISTA ANNUALE

N. 1/2025

ANNUARIO ITALO-BRASILIANO DI STUDI GIURIDICI

Direzione
Érico **ANDRADE** | Universidade Federal de Minas Gerais
Daniele **BUTTURINI** | Università di Verona
Andrea **CAPRARA** | Università di Verona
Elena **DE CARVALHO GOMES** | Universidade Federal de Minas Gerais
Marcelo **DE OLIVEIRA MILAGRES** | Universidade Federal de Minas Gerais
Mauro **TESCARO** | Università di Verona

DIKE GIURIDICA

© Copyright – DIKE Giuridica, s.r.l.
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione
con qualsiasi mezzo (compresi i film, le fotocopie), nonché
la memorizzazione elettronica, sono riservate per tutti i Paesi

Il testo è curato con scrupolosa attenzione; l'Editore non è, tuttavia, responsabile per eventuali involontari errori e inesattezze. Con riferimento al dato normativo, inoltre, l'unico testo cui fare affidamento è quello pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale.

Progettazione di copertina e realizzazione editoriale
curvilinee

Realizzazione di copertina
Chiara Damiani

Questo volume è stato stampato nel mese di ottobre 2025 in proprio presso:
DIKE Giuridica s.r.l.
Via Montenuovo Licola Patria, 131/C - Pozzuoli (NA)

PREFAZIONE

Il profondo rapporto culturale che lega l'ordinamento giuridico italiano e quello brasiliano si radica storicamente sulla comune tradizione romanistica, sebbene il sistema latino-americano, anche in Brasile, si sia poi sviluppato in misura significativa con contenuti propri. Si tratta di un legame che si è ulteriormente consolidato, specie tra Italia e Brasile, grazie al contributo di illustri giuristi italiani che in quel Paese trovarono rifugio nel tempo in cui l'Europa era oppressa dalla persecuzione razziale. Questa comune base culturale favorisce la percezione, nel giurista italiano che si approccia al diritto brasiliano, di una immediata sintonia e integra al tempo stesso la ragione più autentica che ha ispirato la nascita dell'*Annuario italo-brasiliano di studi giuridici*, come brillantemente dimostrato da Roberta Marini, la quale adduce, nel suo contributo, l'esempio delle elaborazioni di Augusto Teixeira de Freitas sulla condizione giuridica dello straniero, sottolineandone la non scontata (anche in considerazione del diverso assetto caratterizzante a quel tempo la legislazione francese) umanità e la perdurante attualità come testimonianza, al tempo stesso, di "romanismo" e "universalismo".

Questo primo numero dell'*Annuario* tocca altresì temi del diritto vigente e, per così dire, in divenire. Dalla posizione privilegiata di componente della Commissione che ha recentemente elaborato un progetto preliminare di riforma del Codice civile brasiliano del 2002, Marcelo de Oliveira Milagres rammenta la struttura e i principali contenuti di tale testo normativo, evidenziandone le più rilevanti e urgenti esigenze di aggiornamento. La riflessione è condotta all'interno di una indagine più ampia che rilegge in chiave attuale pure il risalente problema di teoria generale sull'utilità oppure non della codificazione e che non trascura il confronto con l'esperienza giuridica latino-americana in genere (segnatamente con il Codice civile e commerciale argentino del 2015) così come con il diritto italiano.

Al summenzionato progetto preliminare di riforma del Codice civile brasiliano, ma con riferimento alla materia contrattuale e specialmente alla assai controversa nozione di funzione sociale del contratto, è dedicato anche il saggio di Juliana Cordeiro de Faria e Júlia Vieira Froes. Le Autrici evidenziano come il Codice civile brasiliano del 2002 avesse introdotto la funzione sociale quale limite, peraltro eccezionale, alla libertà contrattuale prendendo spunto da elaborazioni giuridiche italiane, sia pure non senza significative differenze. Se la *Lei de Liberdade Econômica* del 2019 aveva rafforzato un processo già in atto tutto sommato di contenimento della citata clausola generale, nell'ottica di favorire la certezza del diritto, il nuovo progetto preliminare sembra andare in una direzione opposta, che rischia di spalancare le porte alla discrezionalità per non dire all'arbitrio del potere giudiziario. Ciò spinge, più radicalmente,

persino a chiedersi se sia davvero opportuno introdurre – o comunque valorizzare – simili regole indeterminate nel momento in cui un ordinamento giuridico intraprende la modernizzazione della sua disciplina contrattuale.

Sempre con riguardo alla materia contrattuale, lo studio interdisciplinare giuridico e informatico di Veronica Paternolli, Marco Bressan e Mila Dalla Preda affronta il tema dell'incompletezza dell'accordo. All'esito di un approfondimento teorico sugli elementi essenziali del contratto e in particolare sul discusso requisito dell'oggetto, che occorre distinguere dal contenuto dello stesso, si evidenzia come gli *smart contracts* fino a ora conosciuti risultino inadeguati a governare le operazioni contrattuali più complesse, soprattutto se di lunga durata e pertanto bisognose di successivi adattamenti e rinegoziazioni. La ricerca informatica ha però elaborato una nuova architettura, l'*enforceable business process*, che quantomeno a livello teorico sembra idonea a superare tale criticità e di cui si attende con fiducia la sperimentazione pratica.

Rimanendo nell'ambito digitale, non poteva mancare un approfondimento pure sull'intelligenza artificiale, che Teresa Pasquino declina nella prospettiva della circolazione dei dati digitali (personali e non) e specialmente della protezione dei diritti all'identità e alla privacy. Sullo sfondo vi è il grande problema, particolarmente evidente appunto in relazione ai dati digitali e trascendente i confini nazionali, delle controverse interazioni tra aspetti patrimoniali e non patrimoniali, in altre parole dell'equilibrio tra mercato e persona. Data per scontata l'impossibilità di giungere a soluzioni definitive in una materia così complessa e mutevole, il principale elemento caratterizzante il diritto europeo che merita di essere posto all'attenzione del dibattito giuridico internazionale è la necessità di assicurare, sia pure con strumenti vari, discutibili nella loro specifica conformazione e in continua evoluzione, i diritti fondamentali dell'uomo ovverosia la sua dignità.

Humberto Theodoro Júnior, in uno scritto apparentemente dedicato a un problema particolare di un determinato tipo contrattuale, l'assicurazione sulla vita, coglie l'occasione per offrirci una lezione di rigorosa metodologia giuridica, dimostrando serratamente come, secondo il diritto brasiliano, nel citato contratto, l'assicurato, con un atto tra vivi o di ultima volontà, possa stabilire che il capitale assicurato sia destinato al pagamento di un suo debito, così, in linea di principio, semplicemente esercitando la sua facoltà legale di sostituire il beneficiario in qualsiasi momento, senza che ciò contrasti con l'impignorabilità dell'assicurazione sulla vita.

Il diritto sostanziale si arricchisce della prospettiva offerta dal diritto commerciale con uno scritto di Giuseppe Benedetto Portale che, in un pregevole affresco su alcuni profili della codificazione nell'America Latina, sottolinea gli influssi europei che la stessa mostra. Una particolare attenzione è dedicata al *Código civil* brasiliano del 2002 che offre un buon angolo di prospettiva per consentire all'Autore di trovare conferme, nell'ambito del dibattito sulla commercializzazione, privatizzazione e ricommercializzazione del diritto commerciale del fatto che quest'ultimo è da intendersi come diritto privato dell'impresa.

La prospettiva giuscommercialistica alimenta anche il contributo di Henrique Barbosa che tocca un tema di disciplina delle partecipazioni azionarie, comparando

come il diritto brasiliano e quello italiano affrontano la fattispecie delle azioni correlate: il primo muovendo dalle previsioni che regolano le azioni privilegiate con un dividendo fisso legato ad un particolare asset dell'impresa, il secondo con un'apposita disposizione (che lascia comunque ampio spazio all'autonomia statutaria) introdotta con la riforma del diritto societario del 2003. Nel contributo si analizzano vari casi in cui, in Brasile e in Italia, la fattispecie ha trovato concreta applicazione, non solo nella realizzazione di operazioni di *M&A*.

Venendo alle questioni di rito, Heitor Vitor Mendonça Sica si sofferma sul tema della sostituzione processuale. Con un'analisi comparata che tocca l'ordinamento di vari Paesi europei (Germania, Italia, Spagna, Francia, Portogallo) e sudamericani (Argentina, Cile, Colombia, Uruguay), l'Autore fornisce una panoramica ampia sull'attuale portata dell'istituto.

Ancora in una prospettiva processuale, José Afrânio Vilela offre una ricostruzione analitica e critica degli aspetti salienti del nuovo Codice di procedura civile brasiliano del 2015. Il saggio tratta in modo particolarmente approfondito e articolato tutti gli istituti processuali funzionali a razionalizzare e a velocizzare la definizione dei processi civili. Di notevole pregio è anche l'approfondita indagine circa la istituzionalizzazione del dovere di uniformazione delle decisioni ai precedenti in un'ottica di proficuo scambio tra *civil law* e *common law*.

Tra procedimento e processo riflette Paolo Duret il quale, nel suo scritto, distingue due parti: la prima in cui si sofferma sulla nozione e sugli aspetti essenziali del procedimento amministrativo nella dottrina e nella legislazione italiana (e, quindi, in particolare nella L. 7 agosto 1990, n. 241); la seconda dedicata invece a una breve analisi delle caratteristiche del processo amministrativo in Italia. In questo percorso Duret vuole illustrare le articolate relazioni intercorrenti tra procedimento e processo, ma anche la loro evoluzione alla luce degli interventi recenti del legislatore e delle problematiche più attuali.

Muovendo dalla prospettiva giuspubblicistica, Luciano Santos Lopes esamina, in chiave comparatistica, la problematica della criminalizzazione delle condotte tributarie illecite attraverso una dotta lettura di molte categorie giuridiche classiche di matrice soprattutto penalistica. Il contributo, più precisamente, legge le differenti strategie legislative, quella brasiliana e quella italiana, rintracciando i punti dogmatici di convergenza. Il principio di offensività è sottoposto a rilievi critici soprattutto nell'articolata analisi dell'istituto dell'estinzione della pena tramite il pagamento del debito tributario.

Lorenzo Spadacini riflette su un tema classico del diritto pubblico presentando un colto e raffinato approfondimento circa il rapporto tra alcune proposte di riforma costituzionale attualmente in campo in Italia e alcune ideologie politiche connotate soprattutto da due fattori: la disintermediazione istituzionale e l'antiparlamentarismo. Nel saggio vi sono anche interessanti incursioni di stampo comparatistico. Di pregevole interesse è proprio l'analisi tecnico-giuridica di confronto tra alcuni disegni di riforma dell'architettura dello Stato, in particolare la forma di governo, e la diffusione di ideologie populistiche.

In conclusione, nel licenziare questo primo fascicolo dell'*Annuario italo-brasiliano di studi giuridici*, ci rimettiamo fiduciosamente al giudizio dei lettori, consapevoli che abbiamo appena iniziato a percorrere una strada ancora molto lunga e impegnativa. Siamo tuttavia animanti dall'entusiasmo e dalla convinzione che l'*Annuario* vada a colmare una lacuna nel panorama editoriale in lingua italiana, predisponendo un nuovo luogo di incontro scientifico idoneo a rafforzare principalmente ma non esclusivamente il dialogo giuridico italo-brasiliano.

Crediamo infatti che il diritto non possa sottrarsi al confronto internazionale interdisciplinare auspicabilmente prendendo le mosse da sistemi, come appunto quelli italiano e brasiliano, connotati da una forte base comune, dovendo al tempo stesso essere vissuto come un fenomeno culturale senza confini rigidi o predeterminati perché nasce dall'uomo e dell'uomo è strumento per garantire la pacifica convivenza.

Daniele Butturini
Andrea Caprara
Mauro Tescaro

INDICE

Roberta Marini
Romanismo e universalismo in Teixeira de Freitas: l'esempio della condizione giuridica dello straniero Pag. 1

Marcelo de Oliveira Milagres
L'aggiornamento delle codificazioni civili in Sudamerica » 15

Juliana Cordeiro de Faria, Júlia Vieira Froes
La funzione sociale del contratto tra espansione e contenimento: critica alla proposta brasiliana di riforma del codice civile alla luce dell'esperienza italiana » 31

Veronica Paternolli, Marco Bressan, Mila Dalla Preda
***Enforceable business process*: una soluzione tecnologica all'incompletezza contrattuale** » 53

Teresa Pasquino
L'intelligenza artificiale tra persona e mercato » 75

Humberto Theodoro Jr.
Assicurazione sulla vita. Destinazione al pagamento di debito dell'assicurato per atto di ultima volontà di costui. Impossibilità » 95

Giuseppe Benedetto Portale
Il diritto privato dell'impresa tra "fusioni" e "scissioni" dei Codici » 103

Henrique Barbosa
Azioni correlate (*tracking stocks*) in Brasile e in Italia: costruzione giuridica ed esperienza di casi specifici » 117

Heitor Vitor Mendonça Sica
La sostituzione processuale nel diritto contemporaneo: panorama europeo e sudamericano » 141

Afrânio Vilela
Celerità e coerenza: la razionalizzazione procedurale nel codice di procedura civile del 2015 » 175

Paolo Duret
Procedimento e processo nell'esperienza italiana: un rapporto complesso » 191

Luciano Santos Lopes
I reati tributari e l'estinzione della punibilità per pagamento del debito tributario negli ordinamenti giuridici brasiliano e italiano Pag. 225

Lorenzo Spadacini
Populismo costituzionale e antiparlamentarismo: il caso italiano nel dibattito sulle riforme istituzionali » 245

Roberta Marini
(Professore associato nell'Università di Roma "Tor Vergata" –
Direttrice del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani)

Romanismo e universalismo in Teixeira de Freitas: l'esempio della condizione giuridica dello straniero*

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: […]. *Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*. (Gai. 1.1.1)

«não escrevo aqui um Livro de Direito das Gentes, não desconheço a soberania das nações […] concorro para a grande obra da '*comunhão do direito*'» (*Esboço*, nota all'art. 1, tit. prel. '*Do lugar e do tempo*')

Sommario: 1. Premessa: 'identità' e 'resistenza' del sistema giuridico latinoamericano. - **2.** L'esempio del Brasile: Augusto Teixeira de Freitas. - **3.** La condizione giuridica dello straniero in Teixeira de Freitas tra 'romanismo' e 'universalismo': 3.1 Consolidação das Leis Civis; 3.2 Esboço. - **4.** Il Código civil del 1916. - **5.** Alcune riflessioni conclusive.

1. Premessa: 'identità' e 'resistenza' del sistema giuridico latinoamericano

La comune base nel diritto romano dei Paesi latinoamericani evidenzia l'esistenza di un sistema giuridico che si caratterizza in chiave identitaria con sviluppi e contenuti propri, in parte diversi, anche se non necessariamente antitetici, da quelli europei (1).

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee.*

(1) Sul punto per tutti P. Catalano, *Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano*, Atti del Convegno *Identidad y America Latina: instituciones, migraciones, culturas. Puntos de vista europeos y sus criticas*, Vienna, 22 ottobre 1987, in *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano. II. Problemi di diritto commerciale*, Sassari, 1990, pp. 1-17; *Id.*, *Diritto e persone,* I, Torino, 1990, pp. 121 e ss. Sul punto si vedano ora anche le importanti precisazioni svolte in R. Cardilli, *L'*Esboço *di Teixeira de Freitas e il sistema romano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena, 2022, pp. 89 e ss.

La grande storia della tradizione romano-iberica e romano-lusitana, da un lato, e la diffusione del *Derecho de Castilla* nelle Americhe, ha d'altronde inevitabilmente segnato la specifica strada identitaria del sistema giuridico latinoamericano (2).

A seguito del primo movimento di codificazione latinoamericana, che si accompagnò alla fase indipendentista nella prima metà dell'Ottocento (3), maturano il Codice cileno del venezuelano Andrés Bello (1855) (4), il progetto di codice civile in Brasile (*Esboço*) di Augusto Teixeira de Freitas (1860-1867) e il Codice civile argentino di Dalmacio Vélez Sarsfield (1869) (5). Si tratta di codici che rappresentano a buon diritto un modello caratterizzante uno specifico e autonomo filone latinoamericano della tradizione romanistica (6).

Il dato non è poi per nulla smentito, quanto piuttosto rafforzato, dalla fase di 'ricodificazione' in atto in America Latina – che si è aperta proprio con il Codice civile brasiliano del 2002 (7) –, la quale segna non solo una importante rinnovata

(2) Per una accentuazione della nozione di sistema giuridico in senso 'forte', superando la prospettiva eurocentrica, essenziale P. Catalano, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, Torino, 1965, in particolare pp. 3-48; 289-293; (ripubbl. con aggiunta di intitolazioni di paragrafi anche in P. Catalano, *Diritto e persone*, I, cit., pp. 5-52); dello stesso Autore si vedano le osservazioni svolte in Id., *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 18, Modena, 2004, pp. 19 e ss. nonché in *Mundus novus*. *America. Sistema giuridico latinoamericano,* Atti del Convegno*,* Roma*,* 26-29 novembre 2003, a cura di S. Schipani, Roma, 2005, pp. 18 e ss.); sulla categoria del 'sistema giuridico' (e le sue implicazioni per gli studi latinoamericani) si veda anche l'importante lavoro di H. Eichler*, Gesetz und System*, in *Schriften zur Rechtstheorie*, Berlino, 1970, 20. Sul punto, si vedano da ultimo le importanti precisazioni di R. Cardilli, *L'*Esboço *di Teixeira de Freitas e il sistema romano*, cit., pp. 89 e ss.

(3) In questo primo momento storico le codificazioni civili tendono a recepire il modello del *Code Napoléon*, sul punto con importanti precisazioni per tutti A. Guzmám Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica. Siglos XIX y XX*, Santiago del Chile, 2000, pp. 289 e ss.

(4) Sul ruolo svolto dal Codice Civile del Perù del 1852 come '*primera codificación iberoamericana endógena*', si rimanda all'autorevole ricostruzione di A. Guzmám Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica,* cit., pp. 329 e ss.

(5) Su cui si vedano i volumi collettanei *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano* (*Congreso Internacional Roma, 10/12 diciembre 1981*), Caracas, 1987; *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano (Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas Roma, 12/14 dicembre 1983)*, a cura di S. Schipani, in *Roma e America. Collana di Studi giuridici latinoamericani*, Padova, 1988, vol. I; *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano* (*Memoria del Congresso Internazionale Roma 17/18 marzo 1986)*, a cura di S. Schipani, in *Roma e America. Collana di Studi giuridici latinoamericani*, Padova, 1991, vol. V.

(6) Li definisce significativamente i «codici della indipendenza e della '*transfusión*' del diritto romano» riconoscendoli come «un nuovo centro autonomo di elaborazione del diritto romano», S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, rist. accresciuta 1999, p. 66 per la citazione e sul punto in generale pp. 65-68; sul punto v. anche *Id.*, s.v. *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *Dig. Civ.* (agg.), Torino, 2010, pp. 288 e ss., spec. 290 e ss.

(7) Su cui si veda per un primo riferimento *Il nuovo Codice civile del Brasile e il sistema giuridico latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale, Roma, 26-29 novembre 2003, in *Roma e America*, 2003, 16.

vitalità del rapporto tra '*codici e tempo*' (8), ma anche una significativa differenza di prospettiva, sul punto specifico, con la tendenza europea alle cd. 'modernizzazioni' dei codici (9).

Si tratta – per entrambe le 'generazioni' – di codici che riconoscono le loro radici romanistiche e che dialogano apertamente con il sistema nella consapevolezza della necessaria integrazione con i principi dello stesso (10).

Tale integrazione si traduce spesso in concreti elementi di 'resistenza' del diritto romano all'interno di tali codificazioni (11).

2. L'esempio del Brasile: Augusto Teixeira de Freitas

Figura essenziale per il diritto brasiliano in particolare e per il sistema latinoamericano in generale (12) è senza dubbio quella del grande grande giurista brasiliano Augusto Teixeira de Freitas (1813-1883) (13), romanista e civilista (14),

(8) Sul punto importante R. Cardilli, *Nuovo Codice argentino e sistema giuridico romanistico*, in *Nuevo Código civil argentino y sistema jurídico latinoamericano (Actas del Congreso Internacional, Roma 7-8 de mayo 2015)*, a cura di R. Cardilli, D.F. Esborraz, in *Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani*, Milano, 2017, vol. XI, pp. 763 e ss.

(9) Penso, in particolare, all'esempio delle riforme del diritto dei contratti e delle obbligazioni tedesco e francese le quali come noto sono intervenute all'interno della trama dei rispettivi codici, 'modernizzandoli,' cfr. S. Grundmann, M.-S. Schäfer, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 2, pp. 317 e ss.

(10) Sul punto si veda S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 83 e ss. e 119 e ss.

(11) Sul punto per tutti si veda ancora P. Catalano, *Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano*, cit., pp. 1-17.

(12) Si segnala, l'importanza e l'influenza che la dottrina e l'opera di Teixeira de Freitas ebbero sulla Codificazione argentina di Vélez Sarsfield («Y cuando Alberdi, confesando que no conocía los trabajos de Freitas, criticaba a Vélez Sársfield por no haber seguido el Código francés y sus autores, Tronchet o Portalis, Vélez respondió: "Yo, después de un serio estudio de los trabajos del Señor Freitas, los estimé sólo comparables con los del Señor Savigny"», cfr. H. Valladao, *Teixeira de Freitas, jurista excelso del Brasil, de América, del mundo*, in *Lecciones y Ensayos*, 1961, Buenos Aires, n. 21/22, pp. 88 e ss.), sul punto specifico e sulla corrispondenza tra i due grandi giuristi latinoamericani si veda S. Meira, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império. Vida e obra*, II ed. Brasília, 1983, pp. 267 e ss. e 333 e ss., al quale si rimanda anche per l'attenta analisi circa la «repercussão da obra de Teixeira de Freitas na Argentina, Uruguai, Paraguai e em codificações posteriores de Alemanha, Suíça, Rússia, Itália e outras nações» pp. 387 e ss.

(13) Sulla figura di Augusto Teixeira de Freitas importanti M.A. de S. Sá Vianna, *Augusto Teixeira de Freitas. Traços biographicos*, Rio de Janeiro, 1905; S. Meira, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império,* cit.

(14) Sulla formazione romanistica di Teixeira de Freitas, si veda J. C. Moreira Alves, *Discurso de abertura do Congresso: A formação romanistica de Teixeira de Freitas e seu espirito inovador*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Schipani, cit., pp. 17 e ss. Si tratta, d'altronde, di una caratteristica essenziale che accomuna la formazione dei tre grandi giuristi latinoamericani di questo periodo (Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas e Dalmacio Veléz Sarsfield) la quale giocherà un ruolo determinante per le rispettive opere di codificazione, sulle quali si rimanda

detto «*o jurisconsulto do Império* (15)», il quale lavorerà negli anni dal 1860 al 1867 ad un progetto di Codice civile per il Brasile, denominato '*Esboço do Código Civil*' (16).

Sebbene la codificazione brasiliana arriverà, come noto, solo nel 1916 grazie a Clovis Beviláqua (17), le opere (in particolare *Consolidação das Leis Civis* e *Esboço*) (18) e la dottrina di Teixeira de Freitas resteranno momenti fondamentali di riflessione giuridica all'interno della «via brasiliana alla codificazione» (19).

Va precisato, infatti, come tale 'via' sia stata fortemente caratterizzata, da un lato, dal diritto contenuto nelle *Ordenações Filipinas* (1603) (20) quale veicolo essenziale della tradizione romanistica in Brasile e, dall'altro, dalla elaborazione critica delle soluzioni contenute nei modelli codificatori europei.

Le scelte, spesso autonome ed indipendenti, inserite all'interno dell'*Esboço* di Teixeira de Freitas che, come di recente autorevolmente posto in evidenza, «maturano in un contesto nel quale si respira non soltanto la cultura giuridica francese post-codificatoria, ma anche il grande vento di novità rappresentato dalla Scuola Storica tedesca […] (21)», ne sono la perfetta rappresentazione.

Se, infatti, Teixeira de Freitas nell'*Esboço* sceglierà di accogliere pienamente il modello del S*ystem des heutigen römischen Rechts* di Friedrich Carl von Savigny

---

a A. Guzmám Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica*, cit., p. 349 (Cile), p. 441 (Argentina), pp. 494 e ss. (Brasile).

(15) Cfr. ad es. S. Meira, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império*, cit. L'Impero del Brasile venne fondato il 12 ottobre del 1822, stesso anno nel quale, il 7 settembre, venne dichiarata la indipendenza dal Portogallo, e tale restò sino al 1889 anno nel quale fu instaurata la Repubblica; su tali vicende cfr. A. Guzmám Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica,* cit., pp. 494 e ss.

(16) Sarà lo stesso Teixeira de Freitas a scegliere tale denominazione preferendola a quella di *Projeto do Código civil*; sul punto R. Cardilli, *L'*Esboço *di Teixeira de Freitas e il sistema romano*, cit., p. 90 e nota 2.

(17) Sui progetti di codice successivi a quello di Augusto Teixeira de Freitas, cfr. A. Guzmám Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica*, cit., pp. 502 e ss.

(18) Sulle caratteristiche e le connessioni tra entrambe le opere cfr. A. Guzmám Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica*, cit., pp. 495-502.

(19) Mutuo qui l'espressione utilizzata in R. Cardilli, *L'*Esboço *di Teixeira de Freitas e il sistema romano*, cit., p. 90.

(20) Su tale essenziale 'veicolo' della tradizione romanistica all'interno del diritto brasiliano si riportano qui le significative considerazioni svolte in T. Ascarelli, *Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*, in *Foro it.,* 1947, 70, pp. 97 e ss. secondo il quale (p. 97) «la storia del diritto civile brasiliano si contraddistingue per l'ininterrotto vigore, per più di tre secoli, delle ordinanze filippine, le quali per ciò dimostrarono in Brasile una vitalità che non ha riscontro nella storia di nessun corpo legislativo moderno».

(21) Così per tutti R. Cardilli, *L'*Esboço *di Teixeira de Freitas e il sistema romano*, cit., p. 90. Sulla Pandettistica tedesca come parte della cultura giuridica da cui Teixeira de Freitas pure traeva inspirazione, si vedano le osservazioni di K. Luig, *La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell'Ottocento*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 289 e ss. e in particolare pp. 295 e ss.

(22), con quest'ultimo non concorderà proprio circa l'opportunità di un suo accoglimento sistematico-concettuale in un corpo normativo, quale la codificazione civile in Brasile. Tale strada, indicata dal grande giurista brasiliano, non verrà poi accolta in tempi brevi in Brasile, ma porterà al Codice civile solo in un momento successivo, analogamente a quanto accadrà in Germania (23).

Tale similitudine, negli esiti della codificazione brasiliana e tedesca, aveva lucidamente colto Tullio Ascarelli: «Mentre in genere in Europa (ed anche nella penisola iberica) il profondo rinnovamento derivante dalla rivoluzione francese si traduceva in un radicale rinnovamento legislativo espresso nei codici del sec. XIX, tutti un po' figli del codice napoleone, in Brasile si passava direttamente (ciò che poi in parte si collega alla stessa storia politica del Brasile e alle stesse circostanze della sua divisione dal Portogallo e della sua indipendenza) nel diritto civile, dal sistema delle ordinanze filippine al codice civile del 1916 (24)» ed è proprio questo dato che nella riflessione di Ascarelli «avvicina la storia giuridica brasiliana a quella tedesca, ove egualmente si passa dal sistema del diritto comune al codice civile del 1900, seppure attraverso le codificazioni particolari dei vari Stati (come il codice territoriale prussiano) frutto del periodo illuministico» (25).

3. La condizione giuridica dello straniero in Teixeira de Freitas tra 'romanismo' e 'universalismo' (26)

La condizione giuridica dello straniero delineata nella riflessione di Augusto Teixeira de Freitas è un elemento concreto di resistenza del diritto romano all'interno del diritto latinoamericano.

Il dato, che appare chiaro già nella *Introducção* della *Consolidação das Leis Civis*, viene ribadito nell'*Esboço*, sino ad arrivare nel Codice civile brasiliano del 1916.

---

(22) Conosciuto da Teixeira de Freitas nella sua traduzione in francese realizzata da Charles Guenoux; sul punto si rimanda ancora alle precisazioni svolte in R. Cardilli, *L'*Esboço *di Teixeira de Freitas e il sistema romano*, cit., pp. 90 e ss. e in particolare pp. 101 e ss.

(23) Diversamente per il *Código Penal* promulgato nel 1830, il *Código Processual Criminal* del 1832 e il *Código Comercial* del 1859.

(24) Così T. Ascarelli, *Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*, in *Il Foro Italiano,* 70, 1947, p. 97.

(25) Così T. Ascarelli, *Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*, cit., p. 97, nota 3.

(26) Essenziale per l'identificazione dei due elementi del romanismo e dell'universalismo nella riflessione giuridica di Teixeira de Freitas, P. Catalano già nelle richiamate parole pronunciate nella *Seduta Inaugurale* del '*Congresso internazionale per il centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma 12/14 dicembre 1983*', e più di recente in *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana,* cit.

3.1 Consolidação das Leis Civis

La *Consolidação das Leis Civis* di Augusto Teixeira de Freitas è il risultato dell'adempimento da parte del grande giurista brasiliano del '*contrato para coligir e classificar toda a legislação pátria e consolidar a civil*' concluso il 15 di febbraio del 1855 con il '*Governo Imperial*' (27).

Tale impegno è il frutto della sollecitazione, dell'allora '*Ministro e Secrétario de Estado dos Negócios da Justiça*' del Brasile José Tomás Nabuco de Aráujo, di un 'piano' che portasse alla codificazione civile in Brasile.

Teixeira de Freitas, che risponde formalmente a tale sollecitazione con una lettera del 10 giugno del 1854 (28), individua un piano articolato in varie tappe, all'interno del quale è possibile identificare chiaramente la distinzione tra '*classificação*', '*consolidação*' e '*codificação*' del diritto (29).

I tre momenti sono, nella riflessione di Teixeira de Freitas distinti ma, nello stesso tempo, inevitabilmente concatenati (30). La *Consolidação* rappresenta un momento essenziale del richiamato piano verso la codificazione civile, vede la luce nel 1857 e viene pubblicata l'anno seguente come *Consolidação das leis civis* (31).

È proprio nella *Introdução* a questa opera che si trova una importante trattazione relativa alla condizione giuridica dello straniero, con significativi riferimenti al diritto romano (32).

---

(27) Il testo del contratto è contenuto in S. Meira, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império,* cit., p. 94.

(28) Sul punto si veda ancora S. Meira, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império. Vida e obra*, cit., pp. 89 e ss. e pp. 92-93 per la riproduzione del testo della lettera.

(29) Per l'uso di due delle tre categorie richiamate si segnala M. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Bologna (III ed. Torino, 1967). Sul punto per importanti collegamenti con l'esperienza giuridica romana, vd. F. Gallo, *La Codificazione giustinianea*, in *Index,* 1986, 14, XIV, pp. 33 e ss.; G. Pugliese, *Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni*, in *Index* 14, 1986, pp. 19 e ss. Si vedano anche i contributi di C. Pecorella, *Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana*, e J.B. Villela, *Da 'Consolidação das leis civis' à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos*, entrambi nel volume a cura di S. Schipani, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., rispettivamente pp. 221 e ss. e pp. 241 e ss.

(30) Si veda l'attenta ricostruzione di A. Guzmám Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica*, cit., pp. 495-500.

(31) La '*Comissão incubida de revêr a Consolidação das Leis Civis*' esaminò l'opera e la approvò nel febbraio 1958, cfr. S. Meira, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império*, cit., p. 97 e pp. 98-100 per la riproduzione del testo della relazione considerata. Sul giudizio della *Comissão* e sul «*méthodo didáctico*» di Augusto Teixeira de Freitas, si veda S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 319 e ss.

(32) Sul punto per tutti, P. Catalano, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, in *BIDR*, III (2013), pp. 3 e ss.; in realtà il punto era già stato segnalato dall'Autore nelle parole pronunciate nella Seduta Inaugurale del '*Congresso internazionale per il centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma 12/14 dicembre 1983*', cfr. i relativi Atti nel volume a cura di S. Schipani, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 10-15.

Teixeira de Freitas sta affrontando il tema della schiavitù, in relazione al quale – soprattutto per il periodo storico considerato – mostra di assumere una posizione significativa: «*Os homens são sempre capazes de têr direitos*» (33).

Così – subito di seguito e «*excluido o* estado de escravidão *opposto ao* de liberdade», il collegamento è con «*o* estado de estrangeiro *em opposição ao* de cidadão» che pure deve essere escluso (34).

È qui che il grande giurista brasiliano inserisce una nota (nota 213, p. CXXV) esplicativa circa la distinzione tra lo stato di *civis* in opposizione a quello di *peregrinus*: «*O estado de cidadão – civis –, opposto ao de estrangeiro – peregrinus – , repousa na distincção, que (note-se bem), na esphera do Direito Privado, fazião os Romanos de um Direito das Gentes commum á todos os homens – quod naturalis ratio inter omnes homines constituit – e de um Direito Civil, que cada povo por si estabelece para si – quod quisque populus ipse sibi jus constituit – . Provinha essa distincção de idéas que admittião a qualidade de origem entre os homens, ou pelo menos uma desigualdade fundamental resultante da conquista. Os estrangeiros não erão homens iguaes aos cidadãos romanos, e nao podião portanto gozar dos mesmos direitos; reconhecia-se-lhes o gôzo do – jus gentium – , mas não do – Jus civile – , que era privativo dos cidadãos romanos – proprium jus civium Romanorum, – us quiritium – . A differença entre estrangeiros e cidadãos foi successivamente desapparecendo, houverão gráos intermediarios, até que foi abolida – L. 17 Dig. de stat. hom. Ten do cessado esta differença, cessou a distinção entre o – jus civile – e o – jus gentium – , os quaes se-identiflcárão. Em sentido inverso, não tendo nunca existido em Portugal, nem existindo entre nós, um Direito Civil dos cidadãos em contraste com outro Direito Civil de estrangeiros, cessou a differença entre cidadãos, e estrangeiros, na arena do Direito Civil, e portanto não existe mais a capacidade restricta dos estrangeiros* […]» (35).

Alla base della riflessione di Teixeira de Freitas è evidentemente presente, da un lato, la distinzione romana tra cittadino e straniero e dall'altro, quella tra *ius civile* – quale *ius* proprio dei cittadini romani (36) – e *ius gentium* – come «*direito da Gentes commum á todos os homens* (37)».

---

(33) Cito da A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, I, Rio de Janeiro, 1876, III, prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. – ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003, nella *Introdução*, p. CXXIV. Sul punto vd. P. Catalano, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, cit., p. 9.

(34) Cfr. A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, I, cit., *Introdução*, pp. CXXIV e ss.

(35) Cfr. A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, I, cit., nella *Introdução*, pp. CXXIV-CXXV, nota 213.

(36) Sulla corretta interpretazione di *ius civile* come diritto dei cittadini romani, importante R. Cardilli, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2023, *Premesse*.

(37) Sulla corretta configurazione dello *ius gentium* come diritto comune a tutti gli uomini, si vedano ora le importanti precisazioni contenute in R. Cardilli, *Fondamento romano dei diritti odierni*, cit., pp. 63 e ss. (Cap. III '*Ius gentium e societas vitae*').

Tale distinzione nasceva – continua Teixeira de Freitas – da idee che ammettevano «*a qualidade de origem entre os homens*», o almeno «*uma desigualdade fundamental resultante da conquista*» (38), sebbene sia stata poi – attraverso livelli intermedi – definitivamente abolita nel diritto romano.

Il richiamo è alla *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C. attraverso la citazione esplicita della fonte contenuta nei *Digesta* giustinianei nella *l.* 17 del quinto titolo del primo libro ('*de statu hominum*') (39).

> Ulp. *l. 22 ad ed.* D.1.5.17
> *In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt.*

In sintesi, come autorevolmente chiarito, Teixeira de Freitas per contrastare le limitazioni dei diritti degli stranieri – e in critica al *Code Napoléon* (40) –, richiama nelle note della *Consolidação* la legislazione degli imperatori romani Caracalla e Giustiniano (41). Il primo, come noto, estende la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero (42), grazie al secondo scompare il termine-concetto di *peregrinus* inteso come straniero (43).

3.2 Esboço

A seguito del risultato ottenuto con la *Consolidação*, con un nuovo contratto concluso il 10 gennaio del 1959 (44), a '*o jurisconsulto do império*' venne commissionato il progetto di codice civile per il Brasile.

---

(38) Per lo storico del diritto significativa è la eco della riflessione ulpianea in tema di '*libertas naturalis*' e, in particolare, della schiavitù come 'costruzione' umana propria di diritto delle genti, vd. Ulp. *l. 1 Inst.* D. 1.1.4 (*Manumissiones quoque iuris gentium sunt. est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis.* […]), sul punto per tutti R. Cardilli, *Fondamento romano dei diritti odierni*, cit., pp. 77 e ss.

(39) Sul contesto nel quale la decisione è maturata, cfr. A. Mastino, *Antonino Magno, la cittadinanza e l'impero universale*, in *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità*. Da Roma alla Terza Roma. Studi II, Napoli, 1984, pp. 559 e ss.

(40) Cfr. nota 232 p. CXL e ss., della *Introdução*; critica che sarà ripresa anche nell'*Esboço*, cfr. *infra* §3.2.

(41) Così P. Catalano, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, in *BIDR*, III (2013), p. 8.

(42) Forse con alcune limitazioni – sul punto si vedano le importanti precisazioni in *Constitutio Antoniniana de civitate*, a cura di G. Purpura in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani - FIRA. Studi preparatori*, I, *Leges*, Palermo 2012, pp. 695-732 –, le quali tuttavia, a parere di chi scrive, non inficiano minimamente sia il valore del dato storico-giuridico sia l'importante scelta di politica del diritto.

(43) Sul punto importante P. Catalano, *IUS ROMANUM, Note sulla formazione di un concetto*, in *La nozione di romano tra cittadinanza e universalità. Da Roma alla terza Roma. Documenti e studi, Studi-II, 21 aprile 1982*, Napoli, 1984, pp. 531 e ss.; *Id.*, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, cit., pp. 8 e ss.

(44) Sul punto S. Meira, *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 206. Il lavoro fu iniziato da Teixeira de Freitas nel 1860 anno nel quale venne pubblicato a Río de Janeiro il I libro dell'*Esboço*; seguirono

L'*Esboço*, sul punto specifico della condizione giuridica degli stranieri mostra una piena coerenza con quanto già richiamato nella *Consolidação* (45).

In particolare nel tit. II '*Das pessoas de existência visível*', del I libro ('*Dos elementos dos direitos*') l'art. 37, il quale sancisce esplicitamente il riconoscimento dei diritti indipendentemente dalla condizione di cittadino così come dalla capacità politica, è in tal senso oltremodo significativo: «*Os direitos que elas podem adquirir, de que trata este Código, são independentes da qualidade de cidadão brasileiro e da capacidade política*».

Ma c'è di più. Nella nota relativa all'articolo considerato vengono chiariti i contenuti sia della formulazione '*Da qualidade de cidadão brasileiro*', sia '*Da capacidade política*' e, in entrambi i casi, il paragone è con quanto disciplinato dal *Code Napoléon* il quale, diversamente, distingue in relazione alla acquisizione dei diritti, tra cittadini e stranieri (46).

La critica sul punto è dura e il Codice dei Francesi viene esplicitamente 'accusato' – così facendo – di escludere l'essere umano: «*o Cód. Nap. exclui o homen* (47)».

Se il Codice dei Francesi esclude l'uomo, tanto la *Consolidação* quanto l'*Esboço* accolgono l'uomo, senza distinzione di nazionalità (48).

La eco del modello 'inclusivo' della *civitas* romana è forte e suscita nel giurista romanista più di una riflessione.

---

nel 1861, le prime due sezioni del II libro e nel 1865, la terza sezione; e ancora nel 1867 le prime tre sezioni del libro III (per un totale di 4.908 articoli), sul punto si rimanda alla attenta ricostruzione di A. Guzmán Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica*, cit., pp. 500 e ss.

(45) Per la forte accentuazione nell'*Esboço* dell'universalismo già insito nell'opera di Savigny tenuta a modello da Teixeira de Freitas, si vedano le importanti considerazioni svolte in P. Catalano, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, cit., p. 11.

(46) Sul paradossale utilizzo dello strumento della cittadinanza per escludere piuttosto che per includere importante F. De Visscher, *L'espansione della civitas romana e la diffusione del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960. Sulla politica della cittadinanza romana per tutti P. Catalano, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, I, Torino, 1965, pp. 26 e ss.; *Id.*, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, cit., pp. 3 e ss.

(47) Così nelle ultime righe della nota relativa all'art. 37, (cito da A. Teixeira de Freitas, *Esboço do Código Civil*, vol. I, ed. Brasilia, 1983, p. 27).

(48) D'altra parte, va certamente notato, come non possa essere un caso che si debba proprio al giurista brasiliano Texeira de Freitas la qualificazione del nascituro come '*pessoa por nascer*' all'art. 53 del *Esboço*: ('*São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno*'), sul punto per tutti P. Catalano, *Diritto e Persone*, I cit., pp. 166 e ss.; *Id.*, *Observaciones sobre la "persona" del concebido a la luz del derecho romano (De Juliano a Teixeira de Freitas)*, in *La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la Redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas*, Bogotá, 1995, pp. 137 e ss., pubblicato in lingua italiana in *Rass. dir. civ.*, 1, 1988, pp. 45 e ss. Sui concetti di '*homo*' e '*persona*' si vedano le considerazioni svolte ora in R. Cardilli, *Fondamento romano dei diritti odierni* cit., pp. 195 e ss. ('*Archetipi romanistici del «diritto delle persone»*').

Non è un caso che proprio all'inizio dell'*Esboço*, nella nota all'art. 1 del Titolo preliminare ('*Do lugar e do o tempo*'), si ricordi l'idea di '*comunhão do direito*' (49).

Qui il grande giurista brasiliano sembra voler subito chiarire il suo punto di vista: «[…] *não escrevo aqui um Livro de Direito das Gentes, não desconheço a soberania das nações; apresento um Projeto de Código, onde o legislador marca os limites locais da aplicação das leis de seu país, sem lhe importar a reciprocidade, e o que se fez, se faz, ou se fará, em países estrangeiros. Reduzo à fórmula legislativa o complexo dessas doutrinas chamadas a priori, e que, aliás, são a síntese de realidade das coisas. Desda maneira concorro para a grande obra de* 'comunhão do direito'» (50).

Si tratta di un'opera destinata a contribuire, nella visione e nei propositi de '*o jurisconsulto do império*', alla comunione del diritto fra gli uomini a prescindere – significativamente – da qualsivoglia principio della reciprocità.

4. Il *Código civil* del 1916

Come è noto, la codificazione civile in Brasile si realizzò grazie al comparatista Clóvis Beviláqua nel 1916 (ed entrò in vigore il primo gennaio del 1917). Quest'ultimo venne fortemente influenzato dalle opere e dalla dottrina di Augusto Teixeira de Freitas (51).

Sul punto specifico della condizione giuridica degli stranieri, il testo dell'art. 3 del richiamato codice è piuttosto significativo: «*A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis*»

Così facendo, il Codice del Brasile del 1916 si inserisce in una tradizione di 'inclusione' dell'essere umano, di centralità dello stesso per il diritto, che non è certo nuova all'interno del sistema giuridico latinoamericano (52) – penso in particolare all'art. all'art. 57 del Codice Civile cileno di Andrés Bello del 1855 («*La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código*») e al suo accoglimento (più o meno letterale) in altri codici civili latinoamericani (53)– e che ne conferma, non solo la specifica matrice di tradizione romanistica, ma

(49) Sulla importanza nella riflessione di Teixeira de Freitas dei concetti di 'comunione di diritto' e 'luoghi', importante P. Catalano, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, cit., p. 11.

(50) Cfr. A. Teixeira de Freitas, *Esboço do Código Civil,* cit., vol. I, nota art. 1 ('*Limites locais*').

(51) Sul punto, cfr. A. Guzmám Brito, *La Codificación civil en Iberoamerica*, cit., pp. 505 e ss.

(52) La definisce «*fruto do universalismo latino-americano do seculo XIX*», B. B. Queiroz de Moraes, *Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: 'land grabbing' e o universalismo latino-americano,* in *Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC),* vol. 12/2017, p. 96.

(53) Sul punto S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 62 e ss., in particolare p. 65 nota 80.

anche l'importante caratteristica identitaria quale autonoma declinazione di tale matrice (54).

5. Alcune riflessioni conclusive

Alla fine di queste brevi note sull'essenziale ruolo svolto dal romanista Augusto Teixeira de Freitas all'interno del sistema giuridico latinoamericano, mi sembra sia possibile abbozzare alcune riflessioni conclusive.

In primo luogo, una particolare segnalazione merita il consapevole 'romanismo' del grande giurista brasiliano (55).

Non vi è dubbio che la riflessione in tema di condizione giuridica dello straniero di Teixeira de Freitas risenta fortemente della consapevolezza del modello inclusivo romano. Roma dimostra di essere una 'città aperta' sin dall'inizio. Il *populus Romanus* non è stato mai definito in base ad elementi etnici o territoriali (56) e proprio la comunione del/nel diritto diventa sin da subito – sin dalla fondazione della *civitas* con l'essenziale momento del '*iura dare* (57)' – un fondamentale strumento di inclusione e integrazione (58).

Il richiamo esplicito nella *Consolidação* sia alla *Constitutio Antoniniana* che alla emblematica opera di cancellazione da parte dell'imperatore Giustiniano del termine-concetto *peregrinus* sono una lucida messa a fuoco dei due momenti 'conclusivi' essenziali di tale inclusione e, nello stesso tempo, ne sono una diret-

(54) La norma non trova adeguata corrispondenza nel Codice civile brasiliano del 2002, cfr. B. Queiroz de Moraes, *Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: 'land grabbing' e o universalismo latino-americano*, cit., pp. 96 e ss. e nota 97.

(55) Esplicativa a tal proposito è la lettera di Augusto Teixeira de Freitas indirizzata all'*Instituto dos Advogados Brasileiros* il 22 ottobre 1957: «*Não me podeis fazer maior honra, do que chamando-me romanista* […] *o Corpus Iuris, que deve ser a fonte vital, onde dovemos beber sempre e sem descanso*».

(56) Emblematico in tal senso il richiamo all'elemento volontaristico perfettamente rappresentato nella nota definizione ciceroniana di *populus* contenuta nel primo libro del *de re publica*: Cic. *de re publ.* 1.25.39: '*Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.* […]'. Per il fondamentale approfondimento della nozione di *populus* come 'entità concreta' si rimanda per tutti a P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1970, in particolare pp. 97 e ss.

(57) Cfr. *Liv.* 1.8.1: '*Rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit*' . Lo storico romano, prima di ricordare l'apertura sul Campidoglio dell'*asylum* da parte di Romolo, ma dopo aver già trattato della disputa augurale tra i due gemelli Romolo e Remo – disputa che vede come noto primeggiare il primo sul secondo – richiama il momento co-fondativo del '*iura dare*', in cui l'uso del plurale trasmette tutta la 'vocazione' inclusiva iniziale.

(58) Per il mio punto di vista mi sia permesso di richiamare R. Marini, *Roma 'città aperta': il modello inclusivo della civitas romana*, in *Immigrazione, multiculturalismo, integrazione. Percorsi e discipline a confronto*, a cura di C. Simonetti, Milano, 2024, pp. 121 e ss.; *Id.*, *Asylum aperire. Asilo di Romolo e civitas romana*, in *Specula Iuris*, 2024, vol. IV, 2, pp. 7 e ss.

ta applicazione; così come ne sono una diretta espressione le polemiche rivolte nelle note dell'art. 37 dell'*Esboço* al modello 'non inclusivo' adottato sul punto dal *Code Napoléon*.

Sulle possibili ragioni che spingono i due imperi – quello francese da un lato e quello brasiliano dall'altro – ad assumere sul punto posizioni differenziate non è possibile soffermarsi in questa sede (59), certo è che il ruolo dell'immigrazione in Brasile – così come in America Latina in generale – resta un elemento dirimente a parere di chi scrive.

Al richiamato romanismo è strettamente connesso poi – ed anzi con esso va di pari passo – l''universalismo' del grande giurista brasiliano, pure diretta espressione della conoscenza del modello giuridico romano. La riflessione inclusiva che non 'esclude l'uomo' e non permette pertanto di distinguere, per quanto riguarda il tema della acquisizione dei diritti, tra cittadini e stranieri è la diretta conseguenza di un sistema giuridico, quello latinoamericano, che dimostra la sua identità e la sua unità fondata sul sistema del diritto romano comune, in una prospettiva significativamente differente da quella europea ideologicamente orientata piuttosto alla frammentazione di tale sistema.

In sintesi mi sembra si possa ritenere come 'romanismo' e 'universalismo' insieme nella riflessione del giurista brasiliano Augusto Teixeira de Freitas siano non solo elementi strettamente e indissolubilmente connessi, ma rappresentino anche – e l'esempio della condizione giuridica dello straniero ne è punto di osservazione privilegiato – diretta manifestazione di quel sistema di «diritto romano vivente» (60) del quale il diritto latinoamericano, con la sua identità e con i suoi elementi di resistenza, rappresenta espressione.

La riflessione del giurista brasiliano Augusto Teixeira de Freitas sul tema della condizione giuridica dello straniero è un concreto elemento di resistenza del diritto romano all'interno del diritto latinoamericano.

Il dato, che appare già chiaramente delineato nella Introducção della Consolidação das Leis Civis*, viene ribadito e precisato dallo stesso giurista nell'*Esboço*, sino a essere recepito successivamente nel Codice civile brasiliano del 1916. Alla*

(59) Sul punto e sul ruolo svolto nella realtà brasiliana dalla tradizione romana giustinianea e lusitana, si vedano le importanti considerazioni di P. Catalano, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, cit., p. 11.

(60) Riporto qui l'espressione del Venerabile Giorgio La Pira, professore di diritto romano, padre costituente e sindaco di Firenze, contenuta nel carteggio pubblicato dalla Fondazione La Pira: *Diritto romano vivente. Caro Catalano… 1967-1975. Cinque lettere e quattro telegrammi di Giorgio La Pira*, a cura di R.A.A. Alabiso e L. Rosa, Firenze, 2017, p. 5. Sul punto si vedano ora le considerazioni svolte in R. Cardilli, *Fondamento romano dei diritti odierni*, cit., *Premesse*, pp. XVII e ss.

base della riflessione di Teixeira de Freitas vi è una evidente e consapevole conoscenza delle fonti romane.

The reflection of the Brazilian jurist Augusto Teixeira de Freitas on the topic of the legal status of foreigners is a concrete example of resistance of Roman law in the Latin American law.

This idea, which already appears clearly outlined in the Introducção of Consolidação das Leis Civis*, is reiterated and specified by the jurist himself in the* Esboço*, until it is subsequently transposed into the Brazilian Civil Code of 1916. At the basis of Teixeira de Freitas' reflection there is a clear and conscious knowledge of Roman sources.*

Marcelo de Oliveira Milagres
(Professore associato nell'Universidade Federal de Minas Gerais)

L'aggiornamento delle codificazioni civili in Sudamerica*

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** La codificazione del diritto civile è in crisi? - **3.** Alcuni punti salienti del Codice civile argentino. - **4.** La realtà attuale del Codice civile brasiliano e alcune proposte per il suo aggiornamento. - **5.** Parte generale. - **6.** Diritto delle obbligazioni. - **7.** Diritto delle cose. - **8.** Diritto di famiglia. - **9.** Diritto delle successioni. - **10.** Conclusione.

1. Introduzione

La significativa data dei venti anni di vigenza del Codice civile brasiliano ("c.c.br.") ci spinge a fare importanti riflessioni sulla sua effettività e sulla necessità di una codificazione di fronte alla dinamicità dei fatti della vita.

Il mondo è cambiato. La domanda è: i codici civili devono cambiare, devono essere rivisti o la codificazione non ha più senso?

In Sudamerica stiamo vivendo questa discussione.

L'Argentina, abbastanza di recente, nel 2014, ha approvato un nuovo Codice civile in sostituzione di quello del 1869, il Codice di Vélez Sarsfield. Questo grande Codice è stato ispirato dal lavoro del brasiliano Augusto Teixeira de Freitas. Lo studio della formazione del sistema giuridico latinoamericano basato su questo grande giurista, il maggiore romanista brasiliano, non è nuovo. Oggetto di dibattito in questo saggio è l'(in)efficacia della codificazione alla luce della realtà odierna.

L' attuale Codice civile argentino ("c.c.ar."), quello del 2014, è stato il risultato dei lavori di una Commissione presieduta dal civilista Ricardo Luis Lorenzetti, membro della Corte Suprema Argentina.

In Brasile, in questa ondata di modifiche, il Senato Federale ha instituito una Commissione per l'elaborazione di un progetto preliminare di aggiornamento o riforma del c.c.br. 2002. Ho l'onore di partecipare a questa Commissione nella quale, in particolare, il mio compito, insieme ad altri colleghi, è revisionare il Libro sui diritti reali.

Cercando di participare a un dibattito così importante, riprendo la discussione sulla necessità di un codice, considerando la mutabilità dei fenomeni sociali, si-

tuazione questa aggravata dalla dinamicità determinata dalla tecnologia. Il nostro tempo giustificherebbe il mantenimento di un codice civile o dovremmo favorire lo sviluppo di microsistemi?

Possiamo discutire e riflettere.

Secondo un importante autore brasiliano, Orlando Gomes, il "Codice civile ha rappresentato lo statuto organico della vita privata, elaborato per risolvere tutti i problemi dei vari rapporti dei consociati. Non lo è più, si vede. Ha perso, in effetti, la generalità e la completezza. Suppongo che mai più riuscirà a recuperarle" (1).

Nel 1980, Michele Giorgianni ha previsto la morte dei codici ottocenteschi. Secondo costui, ci sarebbe uno sbaglio per quanto riguarda la concezione del codice come un modello assoluto, capace di coprire tutte le fattispecie e di risolvere ogni problema (2).

Il secondo punto che sottolineo è l'efficacia della codificazione di fronte alle situazioni determinate da una delle più grandi sfide della nostra generazione, la pandemia del Covid-19.

Si discute, in Brasile, se il c.c.br. potrebbe avere spazio per un libro sul diritto digitale.

Adottando la premessa che la dinamicità dei processi ermeneutici è associata agli elementi spaziali e temporali, si evoca Gadamer (3), secondo cui l'ermeneutica ha la missione di adeguare il senso di un testo per e dentro la situazione concreta alle quale il messaggio è destinato. Così, si cerca, parallelamente, di rispondere alla seguente domanda: di fronte a uno scenario di crisi, diverebbe inadeguato anche l'ideale della codificazione?

A questo proposito, questo breve saggio si articola in tre parti: *a)* la codificazione del diritto civile è in crisi?; *b)* alcuni punti importanti del c.c.ar.; *c)* la realtà attuale del c.c.br. e alcune proposte per il suo aggiormento.

2. La codificazione del diritto civile è in crisi?

Una delle più rilevanti discussioni dei nostri giorni è quella che riguarda la completezza e i possibili limiti della codificazione.

Nonostante si riconosca, come Thibaut, l'importanza del movimento della codificazione, non si può ignorare la prospettiva storica del diritto sostenuta da Savigny. La scienza giuridica è anche storica, l'esperienza di un popolo deve essere considerata fonte di diritto.

---

(1) O. Gomes, *A Caminho dos Microssistemas*, in *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, Rio de Janeiro, 1984, p. 165.

(2) M. Giorgianni, *La morte del Codice ottocentesco*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 52.

(3) H. G. Gadamerb, *Vérité et méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosofique*, traduzione di Étienne Sacre, Jean Grondin e Pierre Fruchon, Paris, 1996, p. 330.

La codificazione, comunque e nonostante la critica di Savigny, non è frutto della decadenza; i codici, dotati anche di concetti giuridici indeterminati e clausole generali, possono e devono accompagnare la dinamicità e la complessità della vita. La sfida tocca all'interprete, il quale deve capire che tutte le norme contengono qualche grado di incertezza, cui occorre fare fronte alla luce della loro storicità e della loro finalità sociale. La temporalità del diritto richiede la coesistenza critica della giurisprudenza dei concetti, degli interessi e anche dei valori. È necessario accendere e spegnere passato e futuro nella realizzazione del presente.

L'affermazione di Kirchmann (4), secondo cui la giurisprudenza non ha alcun valore come scienza, merita di essere ricevuta con molte riserve. La giurisprudenza non si limita a ciò che è stato previamente stabilito; invece, deve essere rivolta ai problemi di oggi e dell'indomani senza perdere la sua storicità. E ciò non riduce il diritto a un giogo, a un rapporto di mere probabilità.

Come ben ha contestato Jhering, nella prima delle sue tre grandi conferenze realizzate all' Università di Vienna, intitolata *Il diritto è una scienza*? (5), la scientificità permea tutte le prospettive del diritto: quella filosofica, quella storica e perfino quella dogmatica. Il diritto è una scienza che rifflete tutti e tre gli aspetti: quello giuridico, come un ordine stabilito; quello storico, come un prodotto del concatenamento di azioni sociopolitiche; e quello filosofico, come espressione delle forme di vita delle persone.

In questo contesto, ci si domanda: il codice, quale sistema di regole organicamente strutturate e coordinate, con pretesa di generalità e pienezza, raggruppate in istituti e redatte in modo conciso, come afferma Tobeñas (6), sarebbe superato di fronte alla complessità e alla mutabilità dei fenomeni sociali?

Se consideriamo la crisi come una condizione della realtà in cui sono costanti i cambiamenti di paradigma e le trasformazioni, ciò suscita approfondimenti e una migliore percezione delle nostre legittime necessità. Quindi possiamo concludere che il fenomeno della codificazione è sempre stato in crisi.

Come sottolinea João Baptista Villela (7), "sarebbe vano contrastare la presenza di lacune nell' ordinamento giuridico. Lo stesso varrebbe per la pretesa assurda di imprigionare in un codice tutte le manifestazioni e infinite vitalità dell'uomo e dei gruppi sociali".

---

(4) J.G. Von Kirchmann, *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*, traduzione di Werner Goldschmidt, 1949.

(5) R. Von Jhering, *Es el derecho una ciencia?* traduzione di Frederico Fernández-Crehuet López, Granada, 2002.

(6) J. Castan Tobeñas, *Derecho Civil Español, Comum y Foral*, t. 1, X ed., Madri, 1971, p. 190.

(7) J.B. Villela, *O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1961, p. 224.

La codificazione è un fenomeno storico ricorrente, tuttavia esistono grandi differenze tra le codificazioni antiche e quelle moderne.

Nel corso della storia dell'umanità, c'è sempre stata la ricerca di uno strumento normativo logico, sistematico, omogeneo che potesse abbracciare tutte le situazioni della vita e che potesse garantire la sicurezza e la stabilità ai rapporti sociali. In questo processo evolutivo, possiamo distinguere le fasi dell'antichità (diritto romano), del medioevo, della modernità e della contemporaneità.

Il diritto civile è, prima di tutto, un fenomeno culturale in cui predominano le note della storicità e della continuità. Storicità perché si è formato gradualmente, dagli albori della civiltà occidentale, fino a trasformarsi in uno dei più importanti rami della scienza giuridica. Continuità perché ha mantenuto un processo costante e, in un certo senso, uniforme nella maniera di risolvere i propri problemi, rivelando l'esistenza di principi fondamentali a guidare la genesi e la realizzazione delle sue norme. Se rimangono principi, legami concettuali e vincoli istituzionali, le distinzioni storiche non costituiscono interruzioni, ma interludi.

Il grande vantaggio della codificazione sarebbe la semplificazione del sistema giuridico, ciò che facilita la conoscenza e l'applicazione del diritto, consentendo anche un'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Come inconveniente, si afferma che la codificazione limita lo sviluppo del diritto, prodotto della vita sociale che non può restare circoscritto, limitato, imprigionato da strutture formali e astratte.

In Brasile, prevalgono, internamente, le disposizioni delle *Ordenações Filipinas* fino all'adozione del c.c.br. 1916, risultato di un lungo processo del legislativo, nel quale va sottolineata l'importanza dei lavori di Teixeira de Freitas (8), il quale ha elaborato la Consolidazione delle leggi civili (*Consolidação das Leis Civis*) e la Bozza di Codice civile (*Esboço de Código Civil*), una delle più grandi glorie della cultura giuridica nazionale e straniera. Nonostante la portata di quel lavoro, per numerose circostanze, soprattutto politiche, è stata poi accolta piuttosto l'opera di Clovis Beviláqua.

Il c.c.br. 1916 è stato un prodotto normativo della sua epoca, elaborato a partire dalla realtà propria di una società postcoloniale, dato che traduceva una visione del mondo legata a particolari circostanze storiche, fisiche ed etniche.

In ogni caso, l'industrializzazione sempre più intensa, la diffusione di movimenti sociali e le due grandi guerre hanno reso necessarie modifiche.

Le conseguenze sul diritto positivo brasiliano si sono fatte sentire, così che, quasi subito dopo la promulgazione del c.c.br. 1916, il legislatore ha dovuto adottare leggi cosidette eccezionali o stravaganti, che ben presto hanno cominciato a

(8) In *Augusto Teixeira de Freitas: humanismo, dogmática e sistema*, a cura di L. Giannotti; J. Martins-Costa; M. Santana Fernandes; P. Webber, Rio de Janeiro: Processo, 2024.

discostarsi dai principi sanciti nella codificazione, comunque ancora corroborando il primato della legge.

Il c.c.br. 1916 è divenuto privo dell'esclusività per la regolamentazione dei rapporti patrimoniali privati e la legislazione stravagante ha cominciato a presentare caratteristiche di specializzazione, creando appunto un diritto speciale, parallelo al diritto comune codificato. Una delle conseguenze dei cambiamenti summenzionati è stata l'emersione di *microsistemi giuridici* o *microcodici*.

La necessità di risistematizzazione della materia civile ha portato a un nuovo processo di codificazione, che è culminato nella pubblicazione, nell'undici gennaio del 2002, di un nuovo c.c.br.

Come in tutti i lavori umani, non mancano imperfezioni e lacune. In una veemente critica al progetto preliminare del c.c.br., Caio Mário da Silva Pereira ha sottolineato che, in "linea di massima, il progetto preliminare si rivela timido e passatista. Eccessivamente legato alle soluzioni tradizionali" (9).

È ovvio che la codificazione vigente è anche il prodotto di un'epoca, e la sua efficacia richiede uno sguardo attuale ai problemi dei nostri tempi. L'apertura fornita da clausole generali, concetti giuridici indeterminati e principi agevola l'interpretazione, l'integrazione e la realizzazione del diritto nel caso concreto.

Per Larenz (10), "è evidente che al giudice non è possibile in molti casi far derivare la decisione soltanto dalla legge, neppure dalle valutazioni del legislatore che è tenuto conoscere. Questo è il caso in cui la legge ricorre ai cosidetti concetti indeterminati o clausole generali. Qui si presenta solamente un quadro molto generale che il giudice, nel caso concreto, dovrà adattare mediante una valutazione aggiuntiva".

La prudenza, comunque, è sempre necessaria. Come avverte lo stesso Larenz (11), "non esiste una concretizzazione del diritto pura e semplicemente libera, perché ciò sarebbe arbitrio, e quindi il contrario del diritto".

Come già evidenziato, le *crisi* fanno parte della nostra vita. D'altra parte, se si presentano problemi, non si può attribuire la colpa soltanto all'incompletezza dell'ordine giuridico. Le soluzioni devono essere costruite in base a criteri di razionalità e di coerenza.

L'interpretazione e l'applicazione del diritto pressupongono un'investigazione storica, combinando l'incidenza di un interesse presente, previamente disciplinato, con la produzione di effetti futuri. Secondo Heck (12), "la vera volontà, in senso normativo, non è volontà storica, ma volontà presente".

---

(9) C.M. Da Silva Pereira, *Crítica ao anteprojeto de Código Civil*, in *Rev. for.,* Rio de Janeiro, vol. 242, anno 69, 1973, p. 17.
(10) K. Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, traduzione di José Lamego, III ed., Lisboa, 1997, p. 164.
(11) K. Larenz, *op. ult. cit.,* p. 150.
(12) P. Heck, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*, traduzione di José Osório, São Paulo, 1947, p. 60.

La grande sfida per quanto riguarda l'applicazione del diritto è, a partire dal riconoscimento dell'interesse presente, renderlo effettivo, assicurando la produzione di effetti futuri e salvaguardando, ugualmente, gli interessi delle generazioni che verranno.

È questo il contributo del diritto, secondo François Ost (13): accendere e spegnere il tempo. Di conseguenza, la missione del giudice è dire "il senso attuale dei testi e la versione contemporanea dei fatti di ieri" (14).

Inoltre, il tempo ci ha portato diverse ed enormi sfide. La pandemia è stata una di esse. In un modo o nell'altro, costruiamo risposte ai problemi relativi ai mutamenti delle prestazioni nell'ambito dei più diversi rapporti obbligatori. A tal fine ci basiamo sul c.c.br. vigente.

3. Alcuni punti salienti del Codice civile argentino

Il modello di codificazione argentino adotta il dialogo con i microsistemi e, a quanto pare, si coniuga alla cosiddetta costituzionalizzazione del diritto privato. A differenza del modello brasiliano, nel testo del c.c.ar. si riconosce l'esistenza di diritti collettivi.

Un altro punto che desidero sottolineare è che il c.c.ar. disciplina questioni di consumo. In Brasile, nonostante la possibilità di collegamenti tra diverse fonti, abbiamo un microsistema proprio per i rapporti di consumo. Il c.c.br. si applica invece a questioni paritarie, ovverosia a comuni rapporti civili e commerciali.

Una grande discussione riguarda l'unificazione del diritto delle obbligazioni. In ambito commerciale, il Codice commerciale brasiliano del 1850 è praticamente svuotato. La materia è piuttosto trattata da varia legislazione speciale.

Nel c.c.br. vi sono regole sul superamento della personalità giuridica, su alcuni contratti commerciali (agenzia, distribuzione, mediazione), oltre che disposizioni generali sui titoli di credito, sulle cause di prelazione dei crediti, sull'imprenditore e sull'attività commerciale nonché sui tipi societari. Ma grande parte della materia commerciale resta fuori dal c.c.br., distribuita nella legislazione speciale, con particolare riferimento alla disciplina della società anonima e delle insolvenze d'impresa.

Nell'attuale c.c.ar. si percepiscono intense modifiche per quanto riguarda il diritto di famiglia. Questo sembra essere il principale oggetto della discussione brasiliana.

Permettetemi ora qualche considerazione sulla realtà del c.c.br. e qualche proposta di aggiornamento.

---

(13) F. Ost, *O tempo do direito*, traduzione di Élcio Fernandes, Bauru, 2005.
(14) F. Ost, *op. ult. cit.,* p. 146.

4. La realtà attuale del Codice civile brasiliano e alcune proposte per il suo aggiornamento

L'attuale c.c.br. non regola problemi contemporanei, quali: contratti elettronici, diversi contratti socialmente accettati (*franchising*, *time sharing*, *factoring*, cessione fiduciaria immobiliare), relazioni di consumo, multiparentalità, matrimoni o unioni omoaffettivi, diritti d'autore, proprietà immateriale e industriale, protezione di dati personali (per quanto riguarda questo punto, vorrei sottolineare l'innovatore Regolamento europeo (UE) 27 aprile 2016, n. 679, noto come "GDPR" - General Data Protection Regulation). Molti di questi problemi furono lasciati alle leggi speciali (l'era dei microsistemi) e tanti altri furono oggetto di decisioni innovative dei tribunali e specialmente del protagonismo della Corte costituzionale brasiliana.

In Brasile la Corte costituzionale realizza il controllo di costituzionalità, sia quello diffuso che quello accentrato, tramite azioni o appelli.

Facendo leva sulla costituzionalizzazione del diritto civile e sull'efficacia dei diritti fondamentali anche tra i privati, la Corte costituzionale ammise, per esempio, la possibilità di ricerche con cellule staminali embrionali; l'unione omoaffettiva; l'affettività come criterio di riconoscimento della multiparentalità; la diffusione di biografie non autorizzate; la ricerca della paternità anche dopo una sentenza definitiva quando emerga un nuovo mezzo di prova (esame del DNA).

Mi limiterò ad una panoramica sul contenuto del c.c.br.; non affronterò dunque i microsistemi, come il Codice per la difesa dei consumatori, lo Statuto della città, la Legge sul *leasing*, lo Statuto della persona disabile, lo Statuto dei minori, lo Statuto dell'anziano ed altri. Non affronterò nemmeno il diritto commerciale.

Dal punto di vista strutturale, il c.c.br. è diviso in parte generale; diritto delle obbligazioni; diritto d'impresa; diritto delle cose; diritto di famiglia; diritto delle successioni e disposizioni finali e transitorie.

5. Parte generale

Storicamente, il movimento di codificazione brasiliano valorizza il libro relativo alla parte generale, contenente disposizioni su persone, beni e fatti giuridici.

Per quanto riguarda le persone, spiccano regole su capacità, diritti della personalità, persone fisiche e giuridiche e domicilio.

Nel 2015, con l'adozione dello Statuto della persona disabile, il regime delle incapacità del c.c.br. fu significativamente modificato. Non si definiscono più disabili coloro che, per infermità o menomazioni mentali, non abbiano il necessario discernimento per il compimento di atti giuridici. Si cerca l'autonomia delle persone con disabilità, con modulazione degli effetti riguardanti l'incapacità. Contemporaneamente, la compatibilità tra autonomia e protezione si presenta come la sfida più grande.

Avanzando rispetto al c.c.br. 1916, quello attuale riconosce la possibilità di applicazione del *Disregard of Legal Entity* ai centri autonomi di imputazione nelle ipotesi di sviamento di finalità e di confusione patrimoniale.

Il c.c.br. 2002, nella sua parte generale, fa riferimento ai beni e, nella parte speciale, alle cose.

Da un punto di vista economico, si può dire che "cosa" è tutto ciò che si distingue del soggetto di diritto e, avendo valore economico, è un bene.

Il Codice civile brasiliano sembra considerare quella di bene una nozione generica, comprensiva di realtà materiali ed immateriali. D'altra parte, le cose sarebbero sottospecie di beni, vale a dire beni materiali.

Il terzo aspetto della parte generale comprende fatti, atti e negozi giuridici, con particolare attenzione ai profili dell'esistenza, della validità e dell'efficacia. Per quanto riguarda la validità, il c.c.br. disciplina i vizi del negozio giuridico. Vi sono poi le regole in tema di prescrizione, decadenza e prova dei fatti giuridici.

La grande sfida dell'aggiornamento sembra che sia l'istituto della prescrizione. Abbiamo un termine ordinario di prescrizione di 10 anni e alcuni termini speciali.

Con riguardo alla disciplina sulle prove, vi è la necessità di confrontarsi con il Codice di procedura civile. Dobbiamo pensare, per esempio, agli strumenti digitali, alle varie firme, ai contratti elettronici.

6. Diritto delle obbligazioni

Il Libro I si occupa del diritto delle obbligazioni con regole su tipologie e vicende delle obbligazioni, adempimento e inadempimento, contratti in generale, atti unilaterali, titoli di credito, responsabilità civile, cause di prelazione dei crediti.

Va sottolineato il riconoscimento del principio della buona fede come fonte di interpretazione e di integrazione dei contratti, strumento di controllo sull'esercizio dei diritti, e altresì come fonte di doveri, anche precontrattuali. Il principio della buona fede consente solide e strutturate costruzioni nel senso di un ambiente negoziale più giusto.

Secondo l'art. 113 c.c.br., "i negozi giuridici devono essere interpretati secondo la buona fede e gli usi del luogo della loro conclusione". Per quanto riguarda il programma contrattuale, sia pure senza la necessaria ampiezza, l'art. 422 precisa che "i contraenti sono costretti ad osservare, sia nella conclusione che nell'esecuzione del contratto, i principi di probità e buona fede". La buona fede notoriamente riguarda tutte le fasi negoziali.

Non meno rilevante è il divieto all'arricchimento senza causa previsto dall'art. 884.

Il c.c.br. stabilisce che non è sufficiente che il negozio nasca equilibrato, essendo necessario che esso si mantenga tale. Gli artt. 317 e 478-480 c.c.br. concer-

nono l'impossibilità assoluta sopravvenuta di adempimento dell'obbligazione e l'oneroso cambiamento delle circostanze. In omaggio al principio della conservazione del negozio giuridico, si difende la revisione negoziale come strumento per evitare la risoluzione.

Anche lo squilibrio genetico dei negozi è suscettibile di controllo giuridico, venendo in rilievo le figure dello stato di pericolo e della lesione. Nello stato di pericolo (art. 156) si verifica un dolo di utilizzo – un contraente approfitta della situazione di vulnerabilità dell'altro, ottenendo un vantaggio sproporzionato. La disciplina della lesione, di cui all'art. 157 c.c.br. 2002, richiede la sproporzione tra una prestazione e la prestazione corrispettiva in un negozio commutativo (requisito oggettivo), prendendo altresì in considerazione la pressante necessità o inesperienza di colui o colei che assume l'obbligo (requisito soggetivo).

Diversamente dal Codice civile italiano ("c.c.it.") e dell'attuale c.c.ar. (art. 1012), il c.c.br. non affronta la causa come requisito di validità del contratto. Recentemente ho scritto su questo delicato tema.

Sebbene si possa affermare che non c'è obbligo senza causa (volontà, legge o atto illecito), occorre altresì riconoscere che la sua determinazione, non di rado, risulta difficile.

Nell'ambito della responsabilità civile, accanto a quella di natura soggettiva, furono riconosciute diverse situazioni di responsabilità oggettiva, con riferimento all'abuso del diritto, stabilendosi che "commette anche atto illecito il titolare di un diritto che, nel suo esercizio, supera manifestamente i limiti imposti dalla sua finalità economica o sociale, dalla buona fede o dal buon costume" (art. 187). Fu altresì riconosciuto il rischio dell'attività come fonte di responsabilità senza colpa: "sussisterà l'obbligo di riparare il danno, indipendentemente da colpa, nei casi specificati in legge oppure quando l'attività normalmente svolta dall'autore del danno comporterà, per la sua natura, rischio per i diritti altrui" (unico comma dell'art. 927).

Il tema della responsabilità civile in Brasile sta avendo una straordinaria evoluzione, da parte sia della giurisprudenza che della dottrina. Forse uno dei grandi contributi del diritto italiano risiede proprio nella disciplina del danno ingiusto.

Oggi è discussa la responsabilità per perdita di chance.

Si discutono altresì le funzioni del risarcimento, oltre agli aspetti di riparazione o compensazione e la possibile funzione punitiva, nonostante l'art. 944 c.c.br. secondo cui "l'indennizzo si calcola sull'estensione del danno".

Con lo sviluppo crescente della tecnologia, con un potere creativo senza precedenti, con la velocità e la potenzialità degli eventi odierni cresce l'importanza del tema della responsabilità civile.

Avvicinandomi a concludere su questo punto, percepisco che la realtà sudamericana coincide con la prospettiva europea di preoccupazione in merito alla

formazione e all'esecuzione dei contratti, alla luce del paradigma della buona fede. A quest'ultimo proposito vorrei sottolineare l'art. 961 c.c.ar.

Un punto che merita intensa discussione sono i mecanismi e i limiti di revisione dei contratti, in considerazione del mutamento delle prestazioni determinato da fattori interni e esterni.

L'Argentina, nell'art. 1090 c.c.ar., prevede l'interessante figura della frustazione della finalità del contratto. Nel suo art. 1011, disciplina anche i contratti di lunga durata. Leggendo superficialmente, ho avuto l'impressione di una clausola obbligatoria e legale di *hardship*. Il tema, in realtà, non è facile. In ogni caso, la regola è la preservazione e l'esecuzione del contenuto contrattuale e non la sua revisione o la sua estinzione senza adempimento.

7. Diritto delle cose

Il Libro III c.c.br. 2002, proprio come il c.c.br. 1916, mantenne la terminologia diritto delle cose, diversamente dal Codice civile francese, che attribuisce al Libro IV l'espressione diritti reali (*Des sûretés réelles*). Si tratta quindi di formulazioni con contenuti identici? Secondo Serpa Lopes (15) sì, poiché identici sono gli obiettivi e la disciplina giuridica.

Accanto a un elemento comune che pare universale, il potere immediato che il titolare esercita sulla cosa, sostiene la dottrina classica che, a causa della tassatività o *numerus clausus*, i diritti reali sono soltanto quelli previsti dalla legge. Non vi sarebbe possibilità di innovazione del quadro normativo dei diritti reali tramite l'autonomia privata né tramite l'interpretazione creativa dei tribunali.

A commento dell'ordinamento giuridico italiano, pure Pietro Trimarchi (16) evidenzia che i diritti reali sono soltanto quelli previsti dalla legge, non essendo possibile modificare il loro regime giuridico, salve situazioni eccezionalmente riconosciute dalla legge stessa.

L' attuale c.c.br. modificò l'elenco dei diritti reali. Nell'art. 1225 si trovano la proprietà, la superficie, le servitù, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, il diritto del promissario acquirente dell'immobile, il pegno, l'ipoteca, l'anticresi, la concessione di diritto reale di uso, la concessione di uso, la concessione di uso speciale a fini di alloggio e l'innovativa, almeno per alcuni autori, figura del diritto reale di lastra. A mio avviso, il diritto di lastra non è altro che un'espressione del diritto reale di superficie. Il riconoscimento del diritto di lastra come diritto reale autonomo

(15) M.M. de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 6, III ed. Rio de Janeiro, 1964, p. 9.
(16) P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, XX ed., Milano, 2014. p. 101: "Questi sono in numero chiuso: si possono costituire, cioè, solo diritti reali expressamente previsti dalla legge, e non altri. Inoltre non è consentito di modificane il regime legale, se non entro limiti assai ristretti, nei casi in cui ciò sia eccezionalmente ammesso dalla legge".

metterebbe in crisi la razionalità propria del sistema, come avverrebbe se il semplice inserimento nell'elenco dell'art. 1225 c.c.br. potesse, di per sé, creare nuovi di diritti reali, a prescindere dal loro effettivo contenuto.

Uno dei punti da sottolineare è che il possesso non è trattato dalla legge come un diritto reale, sebbene l'istituto sia oggetto di ampia disciplina (in merito ad acquisto, perdita, classificazione ed effetti).

Jhering affermò testualmente che "[…] l'utilizzo economico della proprietà è subordinato al possesso. La proprietà priva del possesso sarebbe un tesoro senza la chiave per aprirlo, un albero fruttifero senza la scaletta adeguata alla raccolta dei frutti" (17).

Qual è la natura giuridica del possesso?

Per Massimo Bianca (18), prendendo le mosse dall'interpretazione dell'art. 1140 (19) del c.c.it., il possesso non sarebbe un diritto, bensì una *signoria di fatto*, anche se giuridicamente rilevante. Elementi costitutivi del possesso sarebbero il potere di fatto (elemento oggettivo) e la volontà del soggetto (elemento soggettivo) di avere come propria la cosa (*animus possidendi*).

Il possesso è un interesse giuridicamente riconosciuto e protetto e, in tal senso, non si vede come non affermare il diritto del possesso oppure il diritto al possesso.

La controversia persiste tra noi.

In realtà, si può affermare che l'elenco dell'art. 1225 c.c.br. non copre l'intero universo dei diritti reali e non contempa necessariamente diritti reali autonomi.

Il possesso non è un corpo estraneo al quadro dei diritti reali.

Inoltre, il Libro sul diritto delle cose, a partire dalla nota *summa divisio* tra beni mobili e immobili, regola le forme di acquisto e di perdita della proprietà immobiliare e mobiliare, contemplando la consegna (per i beni mobili), la registrazione del titolo d'acquisto (per i beni immobile) e l'usucapione (per entrambe le categorie). Per quanto riguarda l'usucapione, va sottolineata la peculiarità brasiliana delle sue molteplici modalità, presentandosi tale istituto come strumento di regolarizzazione fondiaria.

Sussistono altresì disposizioni in tema di diritti di vicinato, condominio comune, condominio edilizio, condominio di terreni e proprietà fiduciaria.

Le proposte di aggiornamento del c.c.br. devono affrontare questioni quali gli effetti del possesso e una migliore regolazione dell'istituto del condominio. La più rilevante discussione sembra riguardare il capitolo sulle garanzie reali. Secondo la mia opinione, abbiamo un regime obsoleto. Studiando e parlando con diversi

(17) R. Von Jhering, *Teoria simplificada da posse*, traduzione di Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, 2005. p. 14.

(18) M.C. Bianca, *Diritto civile: La proprietà*, Milano, 1999, pp. 714-715.

(19) Art. 1140 c.c.it.: "Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale".

giuristi teorici e pratici, percepisco la necessità di perfezionare il regime del pegno e dell'ipoteca. Al riguardo merita attenzione la discussione italiana, per esempio, sul patto marciano.

In Brasile, diversamente dall'Italia e dall'Argentina, non abbiamo nel c.c.br. una sistematizzazione dei mecanismi di tutela dei diritti, mancando un libro o un capitolo specifico sul tema.

8. Diritto di famiglia

Il diritto di famiglia ricevette notevoli innovazioni con il c.c.br. 2002, soprattutto sotto l'influenza della Costituzione della Repubblica ("Const. br.").

Si riconobbero molteplici forme di creazione di entità familiari, sia tramite il matrimonio che tramite l'unione civile, tenendo presente che la giurisprudenza riconobbe anche l'unione ed il matrimonio omoaffettivi.

Si è inoltre superata la distinzione tra categorie di figli, non importando più la loro origine.

Il c.c.br., nel suo art. 1593, dispone che il rapporto di parentela è naturale o civile, a seconda della consanguineità o di altra origine. Si riconosce la filiazione tramite fecondazione artificiale omologa ed eterologa (art. 1597).

La dottrina e la giurisprudenza dominanti evidenziano l'affetto come principio giuridico, riconoscendo anche la coesistenza della filiazione biologica e affettiva. In realtà, penso che non esista un principio dell'affettività, cioè non si può ritenere che dove esiste l'affetto vi siano per ciò solo anche diritti e obblighi, dal momento che non tutti i rapporti di affetto hanno conformazione familiare. Pensiamo per esempio a una qualsivoglia semplice relazione tra due persone. In tal senso sussistono, a mio avviso, alcuni eccessi interpretativi in Brasile.

Si riconosce l'autonomia privata con riguardo al regime patrimoniale della famiglia, esistendo inoltre la possibilità della sua modifica senza pregiudicare interessi di terzi.

Nell' ambito del diritto agli alimenti, sulla base della solidarietà, l'art. 1694 prevede che i parenti, i coniugi o i compagni possono chiedere gli uni agli altri gli alimenti necessari per vivere in modo compatibile con la loro condizione sociale, anche tenendo conto delle necessità della loro educazione.

Secondo l'art. 1.696, il diritto alla prestazione alimentare è reciproco tra genitori e figli e riguarda persino gli ascendenti, ricadendo l'obbligo su quelli di grado più vicino. Sulla base di questa regola si sta verificando un incremento di pretese di nipoti verso nonni.

Per quanto riguarda la dissoluzione della società coniugale la Const. br. istituì il principio della dissoluzione oggettiva. Vale a dire che non si discutono più le cause della dissoluzione. Esiste libertà per l'unione e la medesima libertà deve va-

lere anche nel momento dello scioglimento della stessa. In mancanza di incapaci da salvaguardare e di litigio, il divorzio può esser realizzato per via extragiudiziale.

Nell' ambito degli istituti protettivi della tutela e della curatela, come anticipato, va sottolineata l'innovazione dello Statuto della persona disabile. Secondo il suo art. 84, "la persona con disabilità ha il diritto di esercitare la sua capacità legale in pari condizioni rispetto alle altre persone". La curatela è diventata misura protettiva straordinaria, essendo proporzionale alle necessità e alle circostanze di ogni caso, e deve durare il tempo più limitato possibile. Evidenzia il paragrafo primo dell'art. 85 che l'attivazione della curatela non pregiudica il diritto al proprio corpo, alla sessualità, al matrimonio, alla privacy, all' educazione, alla salute, al lavoro e al voto. Tale cambiamento di paradigma sta suscitando molte discussioni in Brasile.

Così come avvenuto in Argentina, percepisco la necessità di aggiornare il c.c.br. di fronte ai nuovi rapporti di vita e familiari. Questo tema sembra quello più difficile e controverso. Alludo alle note e assai dibattute questioni in tema di filiazione, alimenti, affidamento dei figli, diritti e doveri dei partner e regime patrimoniale della famiglia.

9. Diritto delle successioni

Nel c.c.br. il diritto delle successioni è oggetto del penultimo Libro, articolato in: *a)* disposizioni generali; *b)* eredità e sua amministrazione; *c)* vocazione ereditaria; accettazione dell'eredità e rinuncia all'eredità; *d)* esclusione dalla successione; *e)* eredità vacante; *f)* petizione di eredità; *g)* ordine della vocazione ereditaria; *h)* testamento in genere; *i)* forme ordinarie di testamento; *l)* codicilli; *m)* testamenti speciali; *n)* legati; *o)* accrescimento tra eredi e legatari; *p)* sostituzioni; *q)* riduzione delle disposizioni testamentarie; *r)* revoca del testamento; *s)* inventario e divisione.

Si regola la commorienza come presunzione di morte simultanea, non verificandosi quindi successione tra i commorienti.

Si distingue poi la successione in base alla legge (legittima) dalla successione in base alla volontà del defunto (testamentaria).

Secondo l'art. 1798 c.c.br., sono capaci di succedere le persone nate oppure già concepite nel momento dell'apertura della successione. Non distinguendosi tra il concepimento uterino e quello in laboratorio, tale disciplina si estende agli embrioni formati grazie alle tecniche di riproduzione assistita.

Va sottolineato che l'art. 1597, comma 3, c.c.br. prevede che si presumono concepiti in costanza di matrimonio i figli ottenuti per fecondazione artificiale omologa, anche se dopo la morte del marito. E la Const. br. garantisce la parità tra i figli, indipendentemente dalla loro origine.

Tutto ciò è oggetto di intense discussioni.

La capacità di succedere per testamento riguarda anche le persone giuridiche, comprese le persone giuridiche da costituirsi con i beni trasmessi.

L'ordinamento giuridico brasiliano non riconosce un'autonomia testamentaria assoluta, limitandola alla metà dei beni ereditari. Si vuole così garantire la legittima degli eredi necessari, ovverosia discendenti, ascendenti e coniuge (20).

Secondo l'art. 1847 c.c.br., la legittima va calcolata sul valore dei beni esistenti all'apertura della successione, sottratti i debiti e le spese del funerale, aggiunto poi il valore dei beni oggetto di collazione.

Sono eredi legittimi (riconosciuti dalla legge) i discendenti, gli ascendenti, il coniuge sopravvissuto, i collaterali (fino al quarto grado) ed il compagno sopravvissuto.

È importante osservare che il Tribunale Supremo Federale, in una decisione nel maggio del 2017 (RE 646721/RS), ha dichiarato incostituzionale la precedente distinzione di regime successorio tra coniugi e compagni, affermando così, per quanto concerne l'aspetto patrimoniale, una similarità tra il matrimonio e l'unione stabile.

In Italia, la L. 20 maggio 2016, n. 76 ha disciplinato la materia. Alla luce di tale legge, possiamo distinguere l'unione civile, la convivenza di fatto e il matrimonio. La mancata previsione di diritti successori *ex lege* in favore del convivente di fatto, da quanto capisco, non impedisce che lo stesso possa essere istituito erede o legatario, dall'altro convivente, con testamento.

La legge brasiliana contempla anche situazioni di esclusione dalla successione. Si tratta di una vera e propria pena civile (indegnità o diseredazione) per condotte riprovevoli. In linea con questa natura punitiva e con i principi del giusto processo, si richiede un'apposita azione che impedisca l'acquisto del patrimonio da parte di chi può essere escluso. Siccome gli effetti dell'esclusione sono personali, i discendenti dell'escluso potrebbero succedere come se costui fosse morto prima dell'apertura della successione (art. 1816), in forza dell'istituto della rappresentazione.

Nell'ipotesi di rinuncia all'eredità, invece, in Brasile non può esservi rappresentazione. L'art. 1811 prevede infatti che nessuno può succedere come rappresentante di un erede rinunciante. Tuttavia, quando la rinuncia pregiudica i creditori, costoro, dietro autorizzazione del giudice, possono accettare l'eredità in nome del rinunciante (art. 1813).

In Brasile l'inventario può essere sia giudiziale che amministrativo. Quest'ultima ipotesi è ammessa quando non vi sono interessi di incapaci da tutelare, né lite tra i successori né testamento.

(20) Secondo l'art. 536 c.c.it., sono legittimari: il coniuge (o la persona unita civilmente); i figli, gli ascendenti.

Come forma di pianificazione successoria si ammette la divisione in vita (art. 2018 c.c.br.).

Nell'ambito della successione testamentaria si riconoscono i testamenti ordinari (pubblico, segreto e olografo) e i testamenti speciali (a bordo di nave, a bordo di aeromobile e militare). Questo è il momento della revisione dei modelli di testamento. Non si può trascurare anche l'uso della tecnologia. Può ammettersi un testamento particolare senza testimoni e confezionato mediante l'uso della tecnologia? E come deve essere trattata la disposizione sui beni digitali di contenuto economico?

Il primo grande punto oggetto di dibattito è in che cosa consista il patrimonio. Cosa si può trasmettere con la morte? Il possesso materiale e/o immateriale è trasmissibile? In tempi di un'economia digitale dinamica si può parlare di trasmissibilità dei dati? Vi è la possibilità di un "testamento digitale" per trasferire i dati inseriti nelle più diverse piattaforme (si pensi, tra quelle più conosciute, a *YouTube*, *Spotify*, *Facebook*)?

Ecco il problema fondamentale. Con la morte si estingue la personalità ma non si estinguono tutti i diritti. A parte il fatto che sussiste la protezione *post mortem* di taluni diritti della personalità, in linea di principio si trasmettono i diritti patrimoniali. Ma non tutte le relazioni hanno contenuto economico e non tutte le relazioni che pure sono patrimoniali si trasmettono ad altri con la morte dell'originario titolare. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, pensiamo agli esempi del diritto d'autore e dei diritti reali di usufrutto, uso e abitazione.

Secondo la legislazione brasiliana (L. 19 febbraio 1998, n. 9610), la componente patrimoniale del diritto d'autore si tramette per la durata di settant'anni a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo alla morte dell'autore. Successivamente il prodotto dell'ingegno diviene di dominio pubblico.

Per quanto riguarda i diritti reali di usufrutto, uso e abitazione, occorre sottolineare il loro carattere personalissimo.

È interessante osservare che l'art. 1700 c.c.br. prevede la trasmissibilità a causa di morte pure degli alimenti: "l'obbligo di pagare gli alimenti si trasmette agli eredi del debitore […]".

Più in generale, l'erede non è necessariamente tenuto pagare i debiti ereditari oltre il valore dell'eredità.

Si pone inoltre la questione della trasmissibilità oppure non del diritto al risarcimento del danno morale subito del defunto. Secondo l'art. 943 c.c.br., il diritto alla riparazione e l'obbligo di prestarla si trasmettono con l'eredità.

Nonostante che il GDPR e pure la recente regolamentazione brasiliana in materia concentrino l'attenzione sulla protezione dei dati personali nella prospettiva della tutela dei diritti della personalità, non vi sono dubbi che a tali dati sia altresì associato un notevole valore economico. L'indagine deve pertanto allargarsi alle nozioni di patrimonio, beni e cose.

10. Conclusione

Come premesso, ho tentato di presentare un panorama generale sull'aggiornamento dele codificazioni civili in Sudamerica

È peraltro innegabile che il diritto privato, e in particolare il diritto civile, si estende molto oltre questa prospettiva legale.

In ogni caso, non ho avuto il proposito di esaurire il tema, di trattare tutte le questioni, ma soltanto di suscitare alcuni nuovi sguardi, di accennare ad altre possibilità.

In questa prospettiva, vorrei sottolineare l'importanza del nuovo *Annuario italo-braliano di studi giuridici*. Si tratta di una pubblicazione destinata a promuovere importanti dibatti sul nostro tempo.

Muovendo dai recenti movimenti e dalle proposte di riforma dei codici civili in America Latina, l'articolo si interroga sulla possibile crisi della codificazione del diritto civile. Il contributo mette in evidenza l'attuale realtà del Codice civile brasiliano, analizzandone la struttura e i contenuti dei libri, nonché alcune delle proposte di modifica attualmente in discussione.

Starting from the recent movements and proposals for the reform of civil codes in South America, the article examines whether the codification of civil law is undergoing a crisis. The study highlights the current framework of the Brazilian Civil Code, providing an analysis of its structure and books, as well as of some of the main proposals for its amendment.

Juliana Cordeiro de Faria*
Júlia Vieira Froes**

La funzione sociale del contratto tra espansione e contenimento: critica alla proposta brasiliana di riforma del codice civile alla luce dell'esperienza italiana***

Sommario: 1. Introduzione: tra il discorso dell'aggiornamento e il rischio di erosione del contratto. - **2.** La funzione sociale come progetto di riconfigurazione del contratto. - **3.** L'esperienza italiana: dalla funzione sociale alla razionalità funzionale della causa. - **4.** La funzione sociale del contratto nel Codice civile del 2002: tra l'espansione e il contenimento. - **5.** Il contratto snaturato: la centralizzazione della funzione sociale nella proposta di riforma del Codice civile. - **6.** Avvertenza finale: la funzione sociale come clausola d'eccezione o come rovina del contratto.

1. Introduzione: tra il discorso dell'aggiornamento e il rischio di erosione del contratto

La riforma del Codice civile brasiliano, contenuta nel progetto di legge (PL) 4/2025 (1), è stata annunciata come il tentativo più ambizioso di riconfigurare il diritto privato nazionale dopo la promulgazione del Codice del 2002. Tra i cambiamenti proposti vi è l'espansione del ruolo della funzione sociale del contratto, che è stata promossa come il nuovo epicentro per interpretare, conformare e controllare il modello contrattuale. Con la giustificazione di un preteso aggiornamento ermeneutico e di una maggiore apertura ai valori del diritto civile di fronte alle trasformazioni sociali ed economiche del XXI secolo, si intende rafforzare il ruolo delle clausole generali e ampliare gli spazi di indeterminazione nell'ambito contrattuale.

---

* Professoressa associata nell'Universidade Federal de Minas Gerais - Avvocata.
** Dottoranda presso l'Universidade Federal de Minas Gerais - Avvocata.
*** Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee.*

(1) Il testo integrale del disegno di legge 4/2025 è disponibile sul sito web del Senato e può essere consultato al seguente link: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9889356&ts=1742333124214&disposition=inline.

Questa svolta legislativa, tuttavia, è tutt'altro che neutrale. Ciò che la proposta legislativa rivela non è una semplice intensificazione dei principi, ma un'esasperazione della tecnica dell'indeterminazione normativa – intesa come proliferazione di formule aperte prive di densità semantica e di criteri di concretizzazione. Questa strategia legislativa, già problematica in astratto, si rivela particolarmente rischiosa se applicata al campo contrattuale, dove porta all'indebolimento della certezza del diritto, alla corrosione del nucleo dogmatico dell'autonomia privata e alla disarticolazione della funzione sistematica del contratto come strumento di autoregolamentazione delle relazioni private.

Alla funzione sociale del contratto, concepita nel testo dell'art. 421 del Codice civile del 2002 (2) come un limite eccezionale alla libertà contrattuale, viene ora, nel PL 4/2025, attribuito un ruolo assai più centrale ed espansivo. Il testo proposto sposta il contratto dalla sfera dell'autoregolamentazione privata a una zona di controllo normativo aperto, con un profilo fortemente direttivo, che trasforma la funzione sociale da limite esterno a criterio interno che definisce la stessa validità ed efficacia dei negozi giuridici. La funzione sociale si trasforma così da limite a fondamento, da eccezione a "*governo*" dei contratti.

Nella proposta, l'architettura contrattuale classica, basata sull'autodeterminazione e sulla forza normativa della promessa, lascia il posto a una matrice funzionalista, in cui i negozi devono essere continuamente rivalutati alla luce della loro "utilità sociale". Questo spostamento non solo mette a dura prova l'equilibrio tra autonomia e controllo giudiziario, ma indebolisce anche la nozione stessa di contratto come espressione della libertà individuale in uno Stato di diritto. Ciò che viene presentato come funzione è, in molti casi, il nome giuridico dell'arbitrio.

Questa svolta normativa non rappresenta un aggiornamento del diritto privato ai tempi attuali, ma piuttosto la ripresa di un progetto già sperimentato – e poi abbandonato – da sistemi di riferimento come quello italiano. In Brasile si insiste nell'attribuire alla funzione sociale un ruolo di primo piano incompatibile con la razionalità contrattuale, rivelando non tanto un'esigenza di ordine costituzionale quanto un'adesione ideologica al dirigismo giuridico, mascherata da una retorica distributiva.

Questo articolo propone una critica tecnico-concettuale di tale mutamento come sintomo di un modello normativo regressivo. L'analisi parte dalla ricostruzione storica della funzione sociale del contratto, con particolare attenzione all'esperienza italiana, in cui la funzionalizzazione (3) contrattuale è stata sperimen-

---

(2) Nel Codice attualmente in vigore, l'art. 421 prevede quanto segue: "*Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*".

(3) La concezione di Emilio Betti di funzione sociale del contratto, formulata negli anni Trenta, aveva un forte richiamo funzionalista ed era legata all'ordine economico e alla concezione oggettiva di funzione. Si veda: E. Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, Campinas, 2008.

tata e arginata. L'ipotesi centrale che guida questa indagine è che il progetto di legge 4/2025 promuova un'erosione dei fondamenti strutturali del contratto, convertendolo in uno strumento di ingegneria sociale e indebolendo la sua funzione civilizzatrice come spazio di libertà, responsabilità e fiducia.

2. La funzione sociale come progetto di riconfigurazione del contratto

La cosiddetta funzione sociale del contratto non è solo una specifica affermazione normativa: è l'espressione di un più ampio progetto di riconfigurazione della dogmatica contrattuale in chiave finalistica e direttiva. Emerso nel contesto della crisi del paradigma liberale, esso riflette una svolta teorica decisiva: lo spostamento del contratto da strumento di autoregolamentazione tra soggetti liberi a meccanismo per la realizzazione di fini sociali.

Il punto di svolta di questo processo sta nell'attribuzione al contratto di una finalità estrinseca – la sua "funzione sociale" – che, una volta elevata a criterio di validità ed efficacia, finisce per prevalere sulla volontà delle parti. La libertà contrattuale, un tempo intesa come espressione giuridica dell'autonomia individuale, viene progressivamente sottoposta alla verifica dell'utilità sociale, secondo standard mutevoli, spesso estranei al linguaggio del diritto civile. Sotto la veste dell'aggiornamento dei principi, si introduce un nuovo modo di legittimazione dell'intervento normativo: non più attraverso il vizio tecnico dell'atto, ma attraverso l'insufficienza del suo risultato.

Questo mutamento è espressione di un più ampio progetto di funzionalizzazione del diritto privato, che trova il suo fondamento teorico nella critica dell'astrazione liberale del XIX secolo. Dalla constatazione delle asimmetrie materiali non considerate dalla simmetria formale, nei primi decenni del XX secolo è emerso il tentativo di assoggettare gli istituti privatistici – e tra questi il contratto – a finalità economiche e sociali. La tecnica contrattuale è stata quindi svalutata a favore di parametri sostanzialistici, e la buona fede, la causa e la funzione sociale sono divenuti strumenti di controllo della volontà alla luce dei valori.

Sebbene questo riorientamento trovi giustificazioni contestuali – in particolare nelle esperienze autoritarie del periodo interbellico e nell'ascesa del dirigismo giuridico – la sua permanenza come paradigma normativo post-costituzionale solleva riserve. L'indeterminatezza concettuale della funzione sociale, quando viene elevata al rango di autonoma clausola generale di controllo, compromette i fondamenti della teoria contrattuale, ampliando il margine di discrezionalità decisionale, generando asimmetrie interpretative e permettendo che la normatività giuridica venga sostituita da giudizi di valore a bassa densità tecnica.

A livello dogmatico, questa transizione rappresenta un cambiamento strutturale: la sostituzione della responsabilità personale, basata sull'autonomia, con una logica funzionale orientata alla realizzazione di fini esterni al patto. La promessa cessa di generare da sola effetti vincolanti e comincia a richiedere una legittimazione aggiuntiva, legata alla sua conformità con esigenze sociali astratte. Il contraente non è più il titolare di uno spazio di deliberazione giuridicamente protetto, ma l'agente di uno scopo normativo superiore, la cui realizzazione è verificata da organismi esterni – in particolare il potere giudiziario. Quella che comunemente viene chiamata funzione sociale è diventata così il nome tecnico di un nuovo tipo di intervento, più fluido e meno istituzionalizzato, ma ugualmente capace di assoggettare il contratto a una logica di controllo esterno, dissociata dall'autodeterminazione delle parti.

Nei paragrafi successivi, esamineremo come questa inflessione sia stata sperimentata e abbandonata nella tradizione italiana (comma 3), e come si sia consolidata, formalizzata ed espansa nell'esperienza brasiliana (comma 4). La contrapposizione tra contenimento ed espansione ci consentirà di individuare i rischi normativi ed ermeneutici della proposta di riforma del Codice civile attualmente in corso, che mira a intensificare ulteriormente l'indeterminatezza normativa e a rafforzare la funzione sociale come criterio strutturale del diritto contrattuale, argomento quest'ultimo trattato nel comma 5.

3. L'esperienza italiana: dalla funzione sociale alla razionalità funzionale della causa

La tradizione giuridica italiana offre un esempio paradigmatico di contenimento della funzionalizzazione contrattuale. Pur avendo tentato, soprattutto nella prima metà del XX secolo, di avvicinarsi all'idea della funzione economico-sociale del contratto, l'ordinamento italiano non ha mai consacrato questo orientamento nel senso di una autonoma clausola generale di controllo. Al contrario: dopo un breve ciclo di valorizzazione teorica e legislativa della funzionalità negoziale, è prevalsa l'opzione per categorie dogmaticamente più dense e per un'interpretazione più rigida dell'intervento statale sui negozi giudici.

Non è possibile individuare il momento preciso in cui la funzione sociale del contratto è stata introdotta nel pensiero giuridico occidentale. La sua comparsa è il risultato di un processo che, per quanto diffuso, presenta diverse sfumature e i cui effetti trascendono la sfera contrattuale e riflettono una progressiva e radicale trasformazione del diritto privato. È nel pieno della transizione dal paradigma liberale a quello sociale, sotto l'influenza dei fondatori e dei sostenitori della teoria solidaristica, che il fenomeno giuridico comincia a essere visto, tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo, dalla prospettiva della funzione che svolge nel

tessuto sociale (4). Si assiste così alla funzionalizzazione dei diritti soggettivi, che diventano uno strumento per realizzare la giustizia distributiva (5).

Vengono così poste le basi teoriche che avrebbero reso possibile la concezione della funzione sociale del contratto, le cui prime menzioni nel diritto italiano risalgono all'opera di Enrico Cimbali (6). Ma fu il pensiero di Emilio Betti – influenzato dalle idee di Cimbali – a diffonderlo, sia in Italia che in Brasile.

Il Codice civile italiano, a differenza di quello brasiliano, elenca la causa tra i requisiti del contratto (7), stabilendo le ipotesi in cui essa è considerata illecita (8).

Secondo l'opinione comune dei giuristi italiani, l'istituto della causa è "uno dei più pericolosi e insidiosi di tutto il diritto civile, affascinante e misterioso" (9), un "concetto polisenso" (10) e "da sempre […] evanescente" (11), "la nozione più tormentata della teoria generale del negozio giuridico" (12). Le incertezze che concernono questo concetto sono in parte il risultato di un uso oscuro e retorico del linguaggio giuridico. Nella nozione di causa del contratto abbiamo un esempio paradigmatico del linguaggio performativo e strumentale che, in più di un continente, ha trasformato il diritto civile in una "selva selvaggia" (13). Si tratta, infatti, di "un concetto 'teleologicamente orientato', nel senso che da sempre la definizione datane corrisponde a uno scopo ben preciso perseguito dall'ordinamento giuridico nel suo complesso" (14). Ciò spiega la "fumosità" del suo signifi-

(4) Cfr. L. Benetti Timm, *As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contractual*, in *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, 2008, v. 3, a. 1, artigo 3, pp. 1-11. Disponibile in: *http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art3*. Accesso: 1° luglio 2025.

(5) Cfr. F. dos Santos Amaral Neto, *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional*, in *Revista de Informação Legislativa*, abr./jun. 1989, n. 26, a. 102, pp. 207-230, pp. 227-230; J. Martins-Costa, *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, in *Revista Direito GV*, 2005, v. 1, n. 1, pp. 41-66, p. 48.

(6) E. Cimbali, *Opere complete*. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, III ed., Torino, 1895, p. 8. Vedi anche: *Id.*, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, in *Archivio Giuridico*, n. 33, 1884.

(7) Cfr. art. 1325.

(8) Cfr. artt. 1343, 1344 e 1345.

(9) P. Franceschetti, *Causa del contratto*, in *AltalexPedia*, 7 marzo 2016. Disponibile in: *https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/02/29/causa*. Accesso: 1° luglio 2025. Afferma l'autore: «La causa infatti, è – come dice Alpa – una formula magica. Nel senso che è un concetto che esce dal cilindro ogniqualvolta un autore vuole asserire qualcosa, o dimostrare una tesi, poco chiara o illogica; tirando per la giacchetta il concetto di causa rimane la certezza che nessuno capirà quello che si dice, e pochi potranno contestarlo».

(10) G. Alpa, *Manuale di Diritto Privato*, IV ed., Padova, 2005, p. 571.

(11) F. Caringella, G. De Marzo, *Manuale di diritto civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 2008, p. 141.

(12) G. Alpa, *Manuale*, cit., p. 571.

(13) G. Gorla, *Il contratto*. *Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*. Stampa dell'edizione 1954-1955. Collana La Memoria del Diritto, Roma, 2023, p. 326.

(14) F. Caringella, G. De Marzo, *Manuale*, cit., p. 141.

cato, che si modella, nella marcia e contromarcia della storia, secondo gli orientamenti che, di volta in volta, risultano dominanti nella permanente tensione tra la libertà contrattuale, da un lato, e il controllo operato su di essa dall'ordinamento giuridico, dall'altro (15). In ogni caso, nonostante l'elasticità della nozione e le innumerevoli controversie che suscita, "un po' tutti convergono nell'attribuirle il ruolo di «strumento di controllo», messo a disposizione dall'ordinamento giuridico per controllare che i privati esercitino l'autonomia loro riconosciuta entro limiti ben determinati […]" (16).

L'oscurità del concetto e la sua vocazione a fungere da strumento di controllo ben si adattavano alle aspirazioni politiche e ideologiche del contesto in cui fu redatto il Codice civile del 1942. La causa del contratto, proprio per la sua vaghezza, permetteva di limitare l'autonomia privata, orientandola verso i fini perseguiti dal regime. In questo senso, la *Relazione* presentata dal *Ministro Guardasigilli Grandi* osserva che, nonostante le critiche mosse alla causa come requisito del contratto, era necessario conservarla e darle la massima efficacia, soprattutto perché "un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto" (17).

Il Codice accoglieva apertamente la teoria oggettiva della causa, secondo la quale essa corrisponde alla funzione economico-sociale che l'ordinamento riconosce come rilevante ai suoi fini e che giustifica la tutela dell'autonomia privata (18). È nell'opera di Emilio Betti che questa teoria viene sviluppata. Secondo questo giurista – la cui influenza è notevole sia in Italia che in Brasile – la causa del contratto è, in sintesi, "*a função de interesse social da autonomia privada*" (19). Poiché l'interesse individuale che giustifica la conclusione dello specifico contratto potrebbe divergere dalla sua funzione sociale tipica, sarebbe necessario sorvegliarlo (20). Ecco perché la causa serve a limitare e controllare l'autonomia privata: non solo si nega la validità del negozio con causa illecita, ma si rifiuta anche tutela giuridica a quello che non realizzi una funzione socialmente utile, riconosciuta come meritevole di protezione (21).

---

(15) *Ibidem.*

(16) *Ibidem.*

(17) D. Grandi, *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli* (Grandi), presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice Civile". Libro IV - Delle Obbligazioni, n. 613, in *Consiglio Nazionale Forense - CNF.* Collana "Studi storici e giuridici", p. 132. Disponibile in: *https://www.consiglionazionaleforense.it/collana-studi-storici-e-giuridici/-/asset_publisher/8DRwCIeuASnD/content/relazione-del-ministro-guardasigilli-grandi-al-codice-civile-del-1942*. Consultato il 3 luglio 2025.

(18) *Ibidem*, p. 132.

(19) E. Betti, *Teoria* geral, cit., p. 264.

(20) E. Betti, *op. ult. cit.*, p. 255.

(21) Secondo Betti, «*o direito não dá seu apoio ao capricho individual, mas apenas a funções dele merecedoras, segundo a sua valoração – por certo historicamente contingente –, de serem estavelmente organizadas, pela sua constância, normalidade e importância social*» (E. Betti, *op. ult. cit.*, p. 273).

Diverse critiche sono state mosse alla teoria di Betti. La principale riguarda il requisito dell'utilità sociale del negozio come condizione per la sua tutela giuridica, che impone un limite arbitrario all'autonomia privata e ignora il fatto che la vera funzione del contratto è quella di promuovere gli interessi privati delle parti che lo stipulano (22). Secondo Vicenzo Roppo, la negazione della tutela giuridica a un contratto privo di "utilità sociale" deriva da "una *concezione dirigista e paternalística dell'autonomia privata*, in definitiva negatrice dell'autonomia stessa" (23). Anche Gorla, riconoscendo la natura ideologica della teoria, vede nella nozione di "funzione economico-sociale del contratto" un sintomo della tendenza al dirigismo economico caratteristica dello Stato moderno (24). Per costui, la legge disporrebbe già di rimedi sufficienti per controllare la validità e l'efficacia del negozio giuridico, cosicché l'unica limitazione imposta alla tutela del contratto nell'interesse pubblico dovrebbe essere l'illiceità (25). In questa prospettiva, la funzione sociale, come categoria dogmatica, sarebbe inutile: infatti, ridotta a scopo ermeneutico, esprimerebbe, sotto altro nome, la censura dell'ordinamento giuridico verso i contratti illeciti (26). Da un altro punto di vista, se la funzione sociale è intesa come criterio aperto che consente l'intervento dello Stato sui contratti, essa va respinta. Le possibilità di annullamento, risoluzione e revisione dei contratti dovrebbero essere limitate a quelle previste da norme di contenuto determinato, le quali risultano sufficienti allo scopo che perseguono. Consentire l'intervento nei contratti attraverso criteri vaghi – come la funzione sociale – "significherebbe esporre il contrato ad un *potere discrezionale* del giudice che finirebbe per distruggere il contratto stesso nella sua essenziale funzione, contro le esigenze di certezza e di stabilità che ne sono la base" (27).

Sebbene la giurisprudenza italiana abbia abbracciato per anni la teoria oggettiva della causa come funzione economico-sociale, questa è stata progressivamente abbandonata (28). Nella sent. 10490/2006 (29), la famosa sentenza che ha segnato un mutamento di posizione in materia da parte della *Corte di Cassazione*, si è constatata "l'obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del

(22) J.P. Schmidt, *A "função social do contrato" no art. 421 do código civil de 2002*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 2023, vol. 35, pp. 325-358, p. 3; P. Franceschetti, *op. ult. cit.*; G. Gorla, *op. ult. cit.*, pp. 206-221.
(23) V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 365.
(24) G. Gorla, *op. ult. cit.*, p. 225.
(25) G. Gorla, *op. ult. cit.*, p. 200.
(26) G. Gorla, *op. ult. cit.*, p. 221.
(27) G. Gorla, *op. ult. cit.*, p. 226.
(28) Per un'analisi più completa dell'evoluzione della nozione di "causa" nel diritto italiano, si veda: V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957-988.
(29) Cass., sez. III, 8 maggio 2016, n. 1049, in *DeJure*.

contratto come strumento della sua utilità social". In base a questo assunto, si è affermato il concetto di causa, non più come funzione economico sociale, ma come "sintesi degli interessi reali che il contratto ha l'obiettivo di realizzare", una "funzione individuale dello specifico contratto stipulato". Questa tesi (30) è stata ribadita più volte dalla giurisprudenza successiva e corrisponde all'orientamento attualmente dominante (31).

Naturalmente, questa rassegna è breve e forse troppo semplicistica, dati i limiti imposti dallo scopo di questo articolo. Tuttavia, rivela con una certa chiarezza che la funzione sociale del contratto in Italia è nata in connessione con l'istituto della causa e non si è mai affermata come categoria dogmatica autonoma. Sebbene per anni sia stata promossa da una parte della dottrina e abbracciata dai tribunali, è stata gradualmente svuotata (32). Nella sua concezione originaria, la funzione sociale doveva servire come criterio di controllo dell'autonomia privata – attraverso il quale gli interessi individuali oggetto del contratto sarebbero stati subordinati ai pretesi fini utilitaristici della collettività – ma l'applicazione di questo concetto finì per assumere contorni molto più ristretti nella pratica. La sua invocazione era giustificata, soprattutto, per invalidare il contratto nei casi in cui esso fosse ritenuto illecito – un problema la cui soluzione poteva essere facilmente trovata in altre norme, con contenuto determinato e meno controverso (33). Così, la funzione sociale del contratto era già stata ridotta a un ruolo prevalentemente retorico quando, all'inizio del millennio, cessò persino di far parte del concetto di causa agli occhi della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie.

---

(30) Si tratta della teoria della funzione economico-individuale o della causa concreta, attualmente accolta dalla dottrina maggioritaria. Si veda, ad esempio: G. Alpa, *op. ult. cit*., p. 571.

(31) Si veda, ad esempio, Cass., sez. III, 12 novembre 2009, n. 23941; Cass., sez. III, 1° aprile 2011, n. 7557; Cass., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080; Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2017, n. 4224; Cass., sez. III, 10 dicembre 2024, n. 31811; Cass., sez. II, 26 maggio 2025, n. 14030; Cass., sez. II, 26 maggio 2025, n. 14030, tutte in *DeJure*.

(32) L'ambiguità dell'espressione "funzione sociale" ha permesso di interpretarla semplicemente come la funzione tipica svolta da un determinato contratto nella società, ovverosia l'ambito che caratterizza il tipo contrattuale. In questo senso, ad esempio, la compravendita avrebbe la funzione di rendere possibile la prestazione di denaro in cambio di un certo bene. Per questo motivo parte della dottrina ha ritenuto che il concetto di causa – secondo la teoria oggettiva – si confondesse con quello di tipo, cosicché i veri problemi relativi alla causa del contratto sarebbero limitati ai contratti atipici (Cfr. G. Gorla, *op. ult. cit*., p. 206). Se la causa viene intesa in questa prospettiva, è molto lontana dalla nozione di "funzione sociale" presente in Brasile e i suoi effetti sono notevolmente ridotti. Per questo motivo, alcuni giuristi brasiliani evidenziano la distinzione tra la "causa-funzione" (Betti) del contratto e la "funzione sociale del contratto" che esiste nel diritto brasiliano (cfr. J. Martins-Costa, *op. ult. cit.*, p. 58; H. Theodoro Júnior, *O contrato e sua função social. A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*, IV ed., Rio de Janeiro, 2014, pp. 82-83).

(33) Cfr. G. Gorla, *op. ult. cit*., pp. 206-221.

Ma anche la teoria della causa concreta – oggi dominante – è stata talvolta applicata in modo errato dai tribunali italiani, causando equivoci e distorsioni di vario genere. L'uso improprio di questa nozione finisce per portare a un'indebita sovrapposizione tra le situazioni in cui si ritiene sussistere un difetto di causa e le altre ipotesi di nullità; o addirittura a giustificare l'invalidazione del contratto quando vi è una disparità economica tra prestazione e controprestazione. In questo scenario, Roppo vede il rischio che anche la "causa concreta", pur così accattivante e promettente, venga inserita tra gli strumenti "troppo imperfetti – troppo spesso oscillanti fra impieghi futili e impieghi perfino un po' pericolosi", tra quelle "buone intenzioni" di cui è purtroppo lastricata la strada dell'inferno (l'inferno – si capisce – "della distorsione dei concetti e della torbidezza dei ragionamenti. Dunque dell'arbitrio delle decisioni"). Per il giurista, tuttavia, questo esito non sarebbe ineluttabile: per evitarlo, basterebbe che gli interpreti non si lasciassero appassionare dalla causa concreta, non si accontentassero di usarla come una "formula magica, come un mantra assai *trendy* ma vuoto", ma decidessero di trattarla sobriamente, "come uno strumento operativo da maneggiare con sapienza professionale per produrre giudizi al tempo stesso giusti e tecnicamente ben fondati" (34).

Lo sviluppo italiano rivela quindi la scelta di quel sistema giuridico per un modello contrattuale di contenimento e razionalità, che rifiuta di elevare la funzione sociale a criterio autonomo e prevalente di controllo contrattuale. Tuttavia, rivela anche che i progressi compiuti non possono essere considerati definitivi e che rimangono ancora molte sfide da affrontare. Sebbene la dottrina e la giurisprudenza, dopo un lungo periodo di maturazione, abbiano respinto la nozione di "funzione economico-sociale" e siano riuscite a delimitare il contenuto della causa, limitandone in una certa misura l'applicazione, essa rimane un istituto ambiguo e controverso, il cui significato è mutevole e il cui contenuto può essere facilmente conformato agli scopi che un certo ordinamento giuridico, in determinati spazi e tempi, sceglie di perseguire (35). Di conseguenza, l'avvertimento sui pericoli che rappresenta rimane attuale e necessario. Finché sarà presente nell'ordinamento giuridico come requisito essenziale del contratto, la causa richiederà una costante vigilanza da parte degli interpreti e degli operatori, per evitare che venga utilizzata come strumento di controllo arbitrario dell'autonomia privata e come meccanismo di erosione della vincolatività dei contratti.

Si tratta di un monito rilevante per il diritto brasiliano, soprattutto alla luce della proposta di riforma che mira a estendere in modo significativo la portata e gli effetti della clausola generale della funzione sociale.

(34) V. Roppo, *Causa*, cit., pp. 987-988.
(35) F. Caringella, G. De Marzo, *Manuale*, cit., p. 141.

4. La funzione sociale del contratto nel Codice civile del 2002: tra l'espansione e il contenimento

La funzione sociale del contratto è stata accolta in modo peculiare nell'ordinamento brasiliano e ha percorso un cammino diverso da quello tracciato nel diritto italiano. Invece di confinare la clausola a un ruolo interpretativo sussidiario, il legislatore del 2002 ha optato per una sua espressa consacrazione come limite normativo alla libertà contrattuale e precetto di ordine pubblico. Come stabilito dagli artt. 421 (36) e 2035, comma unico (37), del Codice civile del 2002, l'istituto non ha equivalenti nel diritto comparato (38). Sebbene, al momento della stesura del progetto preliminare, esistessero già menzioni circostanziate dell'espressione "funzione sociale" nella dottrina straniera e brasiliana, essa non corrispondeva a una categoria dogmatica consolidata. Tuttavia, le basi teoriche per la sua concezione erano già state poste da Jhering (39) – sostenendo la necessità di un pensiero teleologico nella scienza del diritto – e, successivamente, da Duguit (40) – inserendo la "solidarietà sociale" come fondamento del diritto e subordinando gli istituti giuridici e la stessa libertà individuale alla realizzazione di questo fine. Ma è stata probabilmente la teoria di Betti a ispirare più direttamente l'introduzione della funzione sociale del contratto da parte di Miguel Reale nel Codice brasiliano (41).

L'art. 421, inserito nel Titolo V del Libro sul diritto delle obbligazioni, che tratta dei contratti in generale, suscitò subito molta curiosità e notevoli discussioni. Integrava evidentemente una delle maggiori novità del nuovo Codice civile, per quanto riguarda il diritto contrattuale: per la prima volta, la libertà contrattuale era sottoposta a questo istituto, ancora sconosciuto all'ordinamento

---

(36) Questa è la formulazione originale dell'art. 421 del Codice civile del 2002: "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

(37) L'art. 2035, comma unico, del Codice civile del 2002 – che non è stato modificato durante il processo legislativo, né dopo l'entrata in vigore del Codice – recita: "*Art. 2035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*".

(38) J.P. Schmidt, *A "função social*, cit., p. 3; E. Tomasevicius Filho, *A função social do contrato. Conceitos e critérios de aplicação*, in *Revista de informação legislativa*, out./dez. 2005, a. 42, n. 168, p. 202.

(39) R. Jhering, *El fin en el derecho*, traduzione di Leonardo Rodriguez, Madrid, [s.d.].

(40) L. Duguit, *Fundamentos do direito*, traduzione di Márcio Pugliesi, São Paulo, 2009, pp. 39-49. Vedi anche: Id., *La transformación del Estado*, traduzione di Adolfo Posada, Madrid, [s.d.].

(41) Cfr. J.P. Schmidt, *op. ult. cit.*, pp. 2-3; G.L.C. Branco, *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro. Tese de doutorado submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação da Professora Judith Martins-Costa*, Porto Alegra, 2006, pp. 73-130.

giuridico brasiliano. La disposizione non subì alcuna modifica durante l'iter legislativo, nonostante la proposta di emendamento presentata dall'allora deputato Tancredo Neves, che non escludeva l'espressione dal testo, ma intendeva restringerne la portata, prefigurando il rischio che l'indeterminatezza della clausola creasse insicurezza negli affari (42). Quando l'emendamento è stato respinto, è prevalsa la formulazione originaria della disposizione, secondo la quale "a liberdade de contratar será exercida *em razão* e *nos limites* da função social do contrato". In tal modo, il Codice civile attribuiva un duplice ruolo alla funzione sociale: da un lato, essa si presentava come elemento condizionante e fondamento della stessa struttura contrattuale; dall'altro, indicava i limiti all'esercizio della libertà contrattuale (43).

Il comma unico dell'art. 2035, a sua volta, qualificò la funzione sociale del contratto come un precetto di ordine pubblico e stabilì che nessun accordo avrebbe potuto affermarsi in suo contrasto. Nonostante l'importanza della disposizione – che sembrava porre la funzione sociale in una posizione di preminenza, conferendole effetti ancora più radicali, al punto da subordinare al suo rispetto persino la validità o l'efficacia del contratto – questa norma non ha ricevuto la stessa attenzione dell'art. 421. Nel corso dell'iter legislativo non è stata discussa, né sono stati proposti emendamenti o modifiche. Dimenticato tra le disposizioni finali e transitorie del Codice del 2002, il comma unico dell'art. 2035 non è stato oggetto di studi davvero approfonditi, né è mai stato effettivamente applicato.

Così, i dibattiti sulla funzione sociale del contratto, nei decenni successivi all'entrata in vigore della nuova normativa, si sono concentrati sull'art. 421. La disposizione, per la sua portata, sembrava subordinare la libertà di contrarre alla funzione sociale, trasformando quindi la regola in eccezione e viceversa. Riconoscendo la natura strumentale di questa libertà, la disposizione darebbe, secondo alcuni, un vero e proprio nuovo significato all'autonomia privata, allontanandola da una prospettiva "atomista e volontarista" per fondarla sul "postulado da socialidade" (44). Soprattutto perché prevede che la libertà contrattuale si eserciti "em razão" della funzione sociale del contratto, la disposizione introdotta nel Codice civile del 2002 è stata fortemente criticata (45): la funzione sociale non sarebbe,

(42) E. Passos, J.A. De Oliveira Lima, *Memória legislativa do Código Civil*, Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno, V. 2, Brasília: Senado Federal, 2012, Emenda n. 371 (Deputado Tancredo Neves), p. 261.

(43) J. Martins-Costa, *Reflexões*, cit., p. 50; P. Nalin, H. Sirena, *Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído (estudos completos)*, in *Revista do Instituto de Direito Brasileiro (RIBD)*, 2013, a. 2, n. 12, pp. 13983-14024, pp. 14007 e 14009.

(44) J. Martins-Costa, *Reflexões*, cit., p. 46.

(45) C.L. Bueno de Godoy, *Função social do contrato. Os novos princípios contratuais*, II ed., São Paulo, 2007, p. 123.

in realtà, il fondamento e la finalità ultima del contratto, ma si presenterebbe solo come un limite alla libertà dei contraenti (46).

Nonostante siano passati più di due decenni dall'entrata in vigore del Codice civile, la funzione sociale del contratto è ancora un concetto su cui non vi è consenso. Non appena è stata introdotta nella legislazione, l'interpretazione di questa clausola generale ha diviso la dottrina. Alcuni la limitavano agli effetti esterni del contratto, in modo che la sua applicazione, mitigando il principio di relatività, servisse a evitare che il rapporto negoziale instaurato tra le parti arrecasse danni a terzi e alla collettività (47). Altri, invece, hanno voluto attribuirgli un contenuto più ampio che coinvolgesse anche la relazione interna tra le parti contraenti. In questa prospettiva, la funzione sociale imporrebbe, anche in relazione al rapporto che si instaura *inter partes*, il rispetto degli imperativi di solidarietà e di uguaglianza materiale, nonché la promozione degli obiettivi dello Stato sociale (48).

Questa visione così ampia della clausola generale di cui all'art. 421 ha permesso a parte della dottrina di intendere la funzione sociale come un canone che attenua tutti i principi contrattuali classici. Allo stesso tempo, essa servirebbe *i)* a limitare la libertà contrattuale, in vista degli interessi della collettività o degli imperativi di equità; *ii)* a rendere più flessibile la forza vincolante dei contratti (*pacta sunt servanda*), consentendo la revisione o la risoluzione del patto non solo nei casi previsti dalla legge, ma anche in situazioni ulteriori in cui vi sia uno squilibrio contrattuale; e *iii)* a superare il principio di relatività, fungendo da meccanismo attraverso il quale gli effetti del contratto si estenderebbero oltre il rapporto tra le parti contraenti raggiungendo pure soggetti terzi (49).

Tuttavia, un'altra parte della dottrina si è dedicata a stabilire limiti interpretativi molto più stringenti all'art. 421. Esso non potrebbe essere interpretato come un riconoscimento della supremazia degli interessi pubblici su quelli individuali, né come una norma che promuove il benessere sociale. Infatti, la funzione sociale del contratto sarebbe soprattutto "servir à circulação de riquezas, proporcionando segurança ao tráfego do mercado" (50).

---

(46) H. Theodoro Júnior, *O contrato*, cit., p. 121.

(47) *Ibidem*, pp. 46-47.

(48) Si veda, ad esempio, C.L. Bueno de Godoy, *op. cit.*, pp. 113-155; J. Martins-Costa, *op. ult. cit.*, pp. 50-57; P. Nalin, H. Sirena, *Da estrutura*, cit., p. 14004.

(49) Per questo motivo, la funzione sociale è spesso associata alla trasformazione del paradigma contrattuale. Tuttavia, è più un sintomo che una causa della "crisi del contratto", che è culminata in un cambiamento radicale delle fondamenta su cui era stato costruita la concezione contrattuale liberale. Gli eventi e le teorie che hanno portato a questa trasformazione del modello contrattuale tradizionale sono precedenti alla nozione di "funzione sociale" e si sono manifestati in tutto il mondo.

(50) H. Theodoro Júnior, *op. ult. cit.*, p. 121. Si veda anche: L. Benetti Timm, *Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica*, in *Revista do Instituto de Direito Brasileiro - RIBD*, 2012, a. 1, n. 6, pp. 3733-3789, p. 3771.

Oltre al contrasto dottrinale, la clausola generale dell'art. 421 ha causato anche confusione giurisprudenziale, come era prevedibile data l'indeterminatezza che costituisce la sua stessa natura. Sebbene la funzione sociale del contratto venga applicata in diverse sentenze con il pretesto di proteggere le parti contraenti economicamente più deboli, autorizzando così il controllo giurisdizionale dei patti (51), gli studi empirici rivelano che il suo uso è principalmente retorico. Nella maggior parte dei casi, essa viene invocata a scopo puramente argomentativo, accanto ad altre motivazioni giuridiche – in particolare, la buona fede oggettiva (52).

Nel 2019, a seguito di un cambiamento nel panorama politico brasiliano, fu adottata la *Lei de Liberdade Econômica* (L. 13.874), che modificò l'art. 421 del Codice civile. Oltre a rimuovere dal testo la controversa locuzione "*em razão de*", essa ha aggiunto un *parágrafo único*, in cui si afferma che "nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual". La modifica legislativa ha rappresentato una risposta alla volontà di delimitare l'interpretazione e l'applicazione della funzione sociale, al fine di contenere l'interferenza giudiziaria nei contratti. In linea con le indicazioni poste dalla nuova legge, alcune pronunce recenti hanno applicato la clausola generale per rafforzare la stabilità del contratto e preservare le clausole concordate (53).

Così, nonostante il passato turbolento, segnato da significative divergenze dottrinali e giurisprudenziali sul contenuto e sui limiti dell'art. 421 del Codice civile, gli ultimi tempi hanno segnalato una tendenza a preoccuparsi di contenere la funzione sociale del contratto. Sembrava che dopo due decenni di intenso dibattito – in cui l'autonomia privata, la libertà contrattuale e la certezza del diritto erano state in qualche modo indebolite – la legge brasiliana avrebbe ridotto la clausola generale a un ruolo secondario e riaffermato il suo impegno nei confronti dei vecchi principi su cui era stato costruito il diritto contrattuale. Il persistente silenzio in relazione al *parágrafo único* dell'art. 2035 era forse un segno del fatto che l'ordinamento giuridico brasiliano non era disposto ad attribuire effetti così gravi e di vasta portata alla funzione sociale del contratto, né tantomeno ad ammetterla come clausola generale che consente l'invalidazione degli accordi. Tuttavia, la recente proposta di riforma del Codice civile (PL 4/2025) preannuncia una direzione diversa per il futuro del diritto contrattuale in Brasile.

---

(51) L. Benetti Timm, *Função social*, cit., p. 3760.

(52) Secondo uno studio di Paulo Doron de Araújo, basato su 2809 pronunce del Tribunal de Justiça de São Paulo, "a aplicação da função social do contrato permanece majoritariamente retórica (80% dos casos), sendo mais frequente em contratos de planos de saúde (60%) e bancários (25%). Em três de cada quatro vezes, o princípio fundamenta a revisão contratual" (P.D.R. de Araújo, *A função social do contrato na reforma do Código Civil: passado tumultuado, presente discreto e futuro sombrio. Parte 1*, in *Boletim IdiP-IEC*, 2025. Disponibile in: https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/funcao-social-do-contrato/. Acesso: 5 luglio 2025).

(53) P.D.R. de Araújo , *op. loc. ult. cit.*

Il movimento che si sta tentando riprende la funzione sociale come strumento di controllo aperto, ripristinando l'indeterminatezza come tecnica normativa e approfondendo il divario tra diritto positivo e dogmatica contrattuale. Inoltre, fa luce sul comma unico dell'art. 2035, finora dimenticato, trasformando esplicitamente la funzione sociale in un requisito di validità del negozio giuridico. Questa disposizione diventa un vero e proprio presagio dello spirito che anima il disegno di L. 4/2025 e che considera, inesorabilmente, la funzione sociale come filtro di validità contrattuale e criterio autonomo di controllo dell'autonomia privata. In definitiva, dalla lettura del testo proposto si evince che il Brasile, invece di andare verso una razionalizzazione dell'uso delle clausole generali, sembra andare verso una loro assolutizzazione, in netto contrasto con l'esperienza italiana, dove il contenimento della funzione sociale è stato imposto come esigenza tecnica e non come un passo indietro teorico.

5. Il contratto snaturato: la centralizzazione della funzione sociale nella proposta di riforma del Codice civile

Trascurando la controversa storia della funzione sociale del contratto e le incertezze rivelate dalla sua applicazione pratica, la proposta di riforma del Codice civile brasiliano, formalizzata nel progetto di legge 4/2025, sceglie di andare controcorrente rispetto alla direzione inaugurata dalla recente *Lei de Liberdade Econômica*, rompendo con il movimento, ancora agli albori, che cercava di costruire un modello di contenimento. Il testo proposto, soprattutto se considerato nella sua interezza, amplia significativamente il ruolo della funzione sociale del contratto, trasformandola in elemento centrale di conformazione, validità ed efficacia dei vincoli obbligatori. Viene così sancito un modello direttivo caratterizzato da un elevato grado di indeterminatezza e aperto alla valutazione giudiziale del suo valore.

Il disegno di legge 4/2025 propone una modifica sostanziale all'art. 421 (54). Il *caput* rimane invariato: "A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato". Tuttavia, l'attuale comma unico – aggiunto al testo originale dalla *Lei de Liberdade Econômica* con l'obiettivo di affermare i principi del minimo intervento e del carattere eccezionale della revisione contrattuale nei rapporti privati – viene significativamente modificato. Secondo la formulazione proposta, questi principi prevarranno solo nei "contratos civis e empresariais, pa-

(54) Questa è la nuova formulazione dell'art. 421 contenuta nel disegno di legge 4/2025: "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
§1° Nos contratos civis e empresariais, paritários, prevalecem o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual.
§2° A cláusula contratual que violar a função social do contrato é nula de pleno direito".

ritários". La modifica non è affatto irrilevante o meramente terminologica. Restringendo il campo di applicazione dei principi di libertà a una categoria contrattuale artificiale – i cosiddetti "contratos paritários" – il testo svuota il limite che la *Lei de Liberdade Econômica* imponeva all'intervento giudiziario e reintroduce, per vie traverse, la soggettività valoriale come criterio di applicazione del diritto contrattuale. Si tratta di una tecnica legislativa involutiva, che abbandona il riferimento oggettivo alle "relações contratuais privadas" e stabilisce invece una classificazione dubbia, i cui contorni dipenderanno dal giudizio dell'interprete sulla presunta "paridade" tra le parti. In pratica, si propone un nuovo quadro di instabilità: qualsiasi asimmetria percepita potrebbe giustificare un controllo giudiziario dell'accordo, ripristinando il ruolo del giudice e mettendo nuovamente a rischio la prevedibilità degli effetti contrattuali. Sotto l'apparenza di precisione tecnica, si nasconde in realtà un espediente retorico per ampliare le possibilità di intervento.

Ancora più grave, tuttavia, è la proposta di inserimento del comma 2 dell'art. 421, secondo cui una clausola che violi la funzione sociale del contratto sarà "nula de pleno direito". La motivazione presentata dalla sottocommissione di giuristi responsabile del libro sui contratti è eloquente circa l'orientamento valoriale che si intende adottare: "é reconhecido que a autonomia privada não pode ser exercida em agressão à função social, sob pena de censura do ordenamento, inclusive, quando for o caso, por meio da nulidade (art. 421, comma 2)" (55). Le parole usate – come "agressão" e "censura" – cariche di giudizio morale e di retorica punitiva, espongono chiaramente il modello dirigista che si sta affermando sotto la veste della modernizzazione normativa. La giustificazione legislativa afferma, invece, che il testo proposto "abre maiores espaços para o exercício da liberdade contratual" riconoscendo le "redes contratuais altamente sofisticadas" e "as diferentes funções a que os contratos podem se prestar" purché rispettino "os limites das normas de ordem pública". È questa la chiave di lettura delle modifiche proposte dal disegno di legge 4/2025, soprattutto in materia di diritto contrattuale: la libertà contrattuale non è più un punto di partenza da tutelare, ma un margine di azione tollerato, sottoposto e condizionato a tutto ciò che può essere classificato come "ordem pública" – concetto vago che viene citato nel testo della riforma non meno di venti volte (56).

In linea con questa impostazione normativa, il progetto di legge 4/2025 propone anche l'inserimento di un quarto inciso all'interno dell'art. 104 del Codice per includere la "conformidade com as normas de ordem pública" tra i requisiti di

(55) Disegno di legge 4/2025, p. 247 (v. *supra*, nota 3).

(56) Per un'analisi critica dell'introduzione di numerosi riferimenti all'"ordine pubblico" nel progetto di riforma del Codice civile, si veda: J. Martins, L. Giannotti, *A ordem pública e o projeto de reforma do Código Civil. Parte 1*, in *Boletim IdiP-IEC*, 2025. Disponibile in: https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/a-ordem-publica/. Accesso: 5 luglio 2025.

validità dei negozi giuridici. Tra simili norme spicca la funzione sociale del contratto, espressamente prevista dal comma unico dell'art. 2035 – mantenuto integralmente nel testo riformato. Una lettura sistematica delle proposte di modifica del testo normativo rivela quindi che l'obiettivo non è solo quello di riaffermare la funzione sociale come limite, ma di convertirla esplicitamente in un requisito di validità dei contratti. Si tratta di un cambiamento normativo grave, che porta alle sue ultime conseguenze una tendenza già accennata nelle disposizioni transitorie del Codice del 2002, ma che finora non era stata messa davvero in pratica.

La formulazione delle nuove disposizioni, unita all'indeterminatezza del concetto di "funzione sociale" – il cui significato, sai pure dopo oltre due decenni di studi e dibattiti, rimane sconosciuto –, non supera le ragioni per cui alcuni vedono un "futuro buio" per la funzione sociale del contratto (57). La prognosi è inevitabile.

L'essenza dello Stato di diritto è la limitazione del potere dello Stato attraverso "normas previamente estabelecidas e divulgadas, as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias" (58), garantendo così la libertà d'azione individuale. La sottomissione dell'autonomia privata e della forza vincolante dei contratti alla clausola generale della funzione sociale sottopone i negozi a uno scenario di totale insicurezza: data l'indeterminatezza strutturale del concetto, il suo contenuto sarà riempito *ex post* dal giudice in ogni caso specifico, così che sarà impossibile prevedere, al momento della stipula di un contratto, se la "funzione sociale" richiesta sarà soddisfatta o meno.

In quanto clausola generale, caratterizzata da apertura semantica e plasticità concettuale, la funzione sociale potrebbe al massimo operare come strumento accessorio, interpretativo e integrativo, volto a risolvere situazioni limite. Non potrebbe mai, con legittimità tecnica, fungere da criterio autonomo di validità o da strumento sanzionatorio. Poiché l'invalidità è una delle sanzioni più severe a disposizione dell'ordinamento giuridico, essa richiede disposizioni normative chiare che garantiscano prevedibilità e certezza alle parti contraenti. Stabilirla attraverso clausole generali e criteri indeterminati – come fa il disegno di legge 4/2025 – significa trasferire un potere esorbitante al giudice e aumentare esponenzialmente il rischio di arbitrarietà.

Si tratta di un esempio emblematico dell'ipertrofia della tecnica dell'indeterminatezza: si trasferisce al giudice il potere di individuare, al di fuori di precedenti criteri normativi, se un contratto – o una sua clausola – violi la funzione sociale – concetto aperto, valutativo e storicamente instabile. Questa constatazione sogget-

(57) P.D. R. Araújo, *op. loc. ult. cit.*

(58) F.A. Hayek, *O caminho da servidão*, 6ª. ed., traduzione di A.M. Capovilla, J.I. Stelle e L. De Morais Ribeiro, São Paulo, 2010, p. 89.

tiva autorizza la dichiarazione di nullità di pieno diritto, a prescindere da qualsiasi analisi dell'equilibrio contrattuale, della buona fede o dell'illiceità tipizzata. La nullità cessa di essere un'eccezione controllata e diventa un meccanismo di destabilizzazione del patto, autorizzato da una clausola generale dal contenuto fluido.

In questo modo, dal punto di vista della tecnica legislativa, il disegno di legge 4/2025 soffre di un difetto strutturale: invece di precisare la funzione sociale attraverso criteri interpretativi oggettivi e ipotesi normative di stretta applicazione, sceglie di ampliare ulteriormente il suo campo di incidenza, affidando al potere giudiziario il compito di definire, caso per caso, i contorni della "giustizia contrattuale". Il modello che ne deriva è quello di un contratto governato da valori astratti, senza filtri ermeneutici, svincolato dalla volontà negoziale e privo di prevedibilità degli effetti giuridici. Così, la funzione sociale del contratto – come la funzione economica della causa nel Codice italiano del 1942 – viene elevata a strumento di controllo ampio e illimitato dell'autonomia privata, riproponendo sotto una nuova veste la sua originaria matrice ideologica.

In questo nuovo scenario, il contratto cessa di essere un *locus* di autoregolamentazione responsabile, ancorato all'equilibrio e alla libertà, per diventare oggetto di una protezione diffusa, dipendente dalla valutazione giudiziaria della sua "funzione sociale" e della sua "giustizia". La riforma proposta, lungi dal correggere i problemi della formulazione originaria dell'art. 421, consolida una visione del contratto come oggetto giuridico moralizzato, la cui validità non deriva dalla legalità o dalla libertà negoziale delle parti, ma dalla sua adesione a valori mutevoli ed extragiuridici.

Questa svolta funzionalista non si limita alla conformazione del contratto nella sua formazione o esecuzione: si estende anche ai rimedi contrattuali, come rivela la proposta di introduzione dell'art. 475-A(59), che positivizzerebbe l'"adimplemento substancial" come limite alla risoluzione del contratto. Sebbene tale figura non sia estranea alla tradizione civilistica, la sua positivizzazione attraverso clausole indeterminate – come "*interesse útil do credor*", "*tutela da confiança*", o, ancora, "*função social e econômica do contrato*" – amplia significativamente l'ambito di intervento giudiziario e riduce la prevedibilità degli effetti dell'inadempimento. Invece di precisare criteri oggettivi per limitare la risoluzione

(59) Si tratta dell'art. 475-A, incluso nel disegno di legge 4/2025: "*Art. 475-A. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor pode ser oposto ao credor, evitando a resolução, observando-se especialmente*:
I - a proporção da prestação satisfeita em relação à parcela inadimplida;
II - o interesse útil do credor na efetivação da prestação;
III - a tutela da confiança legítima gerada pelos comportamentos das partes;
IV - a possibilidade de conservação do contrato, em prol de sua função social e econômica.
Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta eventual pretensão do credor pela reparação por perdas e danos".

contrattuale, il testo proposto riafferma la centralità di valori aperti, corroborando la logica di un diritto contrattuale incentrato sulla tutela generica della fiducia, piuttosto che sulla chiara definizione di obblighi, rischi e conseguenze.

L'estensione della funzione sociale a nuovi ambiti contrattuali ne rafforza la natura trasversale e moralizzatrice. L'art. 609-F(60) è solo uno dei numerosi esempi in cui si fa esplicito riferimento alla funzione sociale del contratto nel nuovo libro sul diritto digitale. Richiedendo che l'uso dell'intelligenza artificiale nella fornitura di servizi digitali rispetti "*princípios da boa-fé e da função social do contrato*", la disposizione rende evidente il tentativo di universalizzare la funzione sociale come criterio di controllo dei rapporti giuridici, indipendentemente dal tipo di contratto, dall'equilibrio interno o dal contenuto della prestazione. Questa espansione, sebbene mascherata da modernizzazione, rivela un progetto normativo di giudizializzazione diffusa della morale contrattuale, che dissocia la validità e l'efficacia dei contratti da criteri tecnico-giuridici e li subordina a standard etico-comportamentali aperti.

Inoltre, il tentativo di raggruppare i contratti per "*funções desempenhadas*" – come si vede nei nuovi artt. 421-A e 421-B(61) – introduce un vocabolario di razionalizzazione che, a prima vista, suggerisce tecnicismo e sistematicità. Tuttavia, questa categorizzazione è resa priva di significato dalla mancanza di densità normativa che consenta di trarre chiare conseguenze giuridiche dalla tipologia proposta. La differenziazione tra contratti civili, commerciali ("*empresariais*"), di consumo e di lavoro – tutti, a quanto pare, legati alla loro "*posição na cadeia produtiva*" – manca di precisione dogmatica e sembra funzionare più come risorsa retorica per legittimare l'intervento giudiziario che come criterio efficace di delimitazione normativa.

In sintesi, le modifiche proposte sono accomunate dalla marcata presenza di clausole dal significato indeterminato che, moltiplicate e disseminate nel testo legislati-

---

(60) Il testo proposto è il seguente: "*Art. 609-F. A utilização de inteligência artificial na prestação do serviço digital deve ser identificada de forma clara e seguir os padrões éticos necessários, segundo os princípios da boa-fé e da função social do contrato*".

(61) Ecco le disposizioni incluse nella proposta di riforma:

"*Art. 421-A. As regras deste Título a respeito dos contratos, não afastam o disposto em leis especiais e consideram as funções desempenhadas pelos tipos contratuais, cada um com suas peculiaridades*".

"*Art. 421-B. Deve-se levar em conta para o tratamento legal e para a identificação das funções realizadas pelos diversos tipos contratuais, a circunstância de disponibilizarem:*

I - bens e serviços ligados à atividade de produção e de intermediação das cadeias produtivas, típicos dos contratos celebrados entre empresas;

II - bens e serviços terminais das cadeias produtivas ao consumidor final, marca dos contratos de consumo;

III - força de trabalho a uma cadeia produtiva, característica dos contratos de trabalho;

IV - bens e serviços independentemente de sua integração a qualquer cadeia produtiva, como se dá com os contratos civis".

vo, trasformano il contratto in un istituto poroso, vulnerabile alla penetrazione di elementi estranei alla volontà delle parti e alla razionalità negoziale. La vaghezza del linguaggio utilizzato mostra il tentativo di ricostruire la contrattualità sulla base di un paradigma valutativo e diffuso, che sostituisce alla logica della forma, della prevedibilità e dell'autoresponsabilità un modello di sorveglianza assiologica del patto.

La proposta del disegno di legge 4/2025 non rappresenta quindi un semplice aggiornamento del Codice civile alla luce della Costituzione, ma piuttosto un tentativo di riorganizzare strutturalmente il diritto contrattuale sulla base di un paradigma funzionalizzato, instabile e politicamente guidato. Il contrasto con l'esperienza italiana è rivelatore: ciò che lì era stato superato come vestigia del dirigismo ideologico è riemerso in Brasile come promessa di giustizia contrattuale. Invece di migliorare il sistema, la riforma proposta mette a rischio la sua coerenza interna, snatura il contratto e introduce una logica di governo giudiziario delle relazioni private.

6. Avvertenza finale: la funzione sociale come clausola d'eccezione o come rovina del contratto

Come abbiamo visto, esiste una stretta connessione tra il diritto italiano e quello brasiliano quando si parla di funzione sociale del contratto. È nella teoria sviluppata dai giuristi italiani – della causa come funzione economico-sociale – che il legislatore del 2002 ha trovato l'ispirazione per stabilire, negli artt. 421 e 2035, *parágrafo único*, la funzione sociale come limite alla libertà contrattuale e precetto di ordine pubblico, la cui inosservanza potrebbe privare il contratto della protezione giuridica.

Nel diritto italiano, la causa è un istituto giuridico positivizzato. Originariamente intesa come "funzione economico-sociale", doveva servire, secondo i disegni del Codice del 1942 e le circostanze politico-ideologiche dell'epoca, come valvola aperta per il controllo – arbitrario – dell'autonomia privata, assoggettata a fini della collettività ed estranea alla volontà delle parti. Col tempo, però, il concetto di causa è stato progressivamente allontanato dall'idea di funzione sociale. Quest'ultima, relegata a un ruolo meramente retorico, non si è mai consolidata come categoria autonoma di controllo dei contratti, essendo stata sostituita dalla nozione di "funzione economico-individuale". In sintesi, il diritto italiano ha seguito un percorso coerente di restrizione del significato e della portata della clausola generale. Nonostante ciò, la causa rimane indicata nell'art. 1325 del Codice del 1942 come requisito del contratto. E sebbene il suo contenuto e la sua portata siano stati riconfigurati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è stata applicata, sotto l'apparenza di un preteso tecnicismo, in alcuni casi, non senza errori, per giustificare la caducazione di negozi (62).

(62) Cfr. V. Roppo, *Causa*, cit.

Nel diritto brasiliano, la causa non è stata adottata come elemento o requisito per la validità del contratto. Nel Codice del 2002, si è preferito disciplinare la "funzione sociale" come istituto autonomo. Trattandosi di una clausola generale, il suo significato e i suoi limiti non erano chiari nel testo legale, ma sembrava possibile desumere l'intenzione di elevare la funzione sociale a una peculiare posizione di centralità normativa, fungendo essa addirittura da requisito per la validità o l'efficacia del contratto. Dottrina e giurisprudenza hanno oscillato: tra tentativi di espansione e sforzi di contenimento, l'ordinamento giuridico si è orientato, nei due decenni successivi all'entrata in vigore del Codice civile del 2002, verso una delimitazione piuttosto rigorosa della sua nozione e dei suoi effetti. L'art. 421, modificato dalla legge sulla libertà economica, era stato applicato in modo prevalentemente retorico, fungendo, insieme ad altre basi giuridiche, da limite eccezionale alla libertà contrattuale, che autorizzava, in determinate situazioni, l'intervento giudiziario negli accordi. Il comma unico dell'art. 2035, che sembrava essere nato svuotato, è rimasto dimenticato nelle disposizioni transitorie di quel testo legale e non è mai stato effettivamente applicato.

Con la proposta di riforma del Codice civile, la funzione sociale è tornata inaspettatamente ed enfaticamente al centro dell'attenzione, il che, per quanto inedito, non può dirsi imprevedibile. Nel testo proposto le sue menzioni si moltiplicano, il suo contenuto e la sua portata si ampliano in modo sostanziale e i suoi effetti si acuiscono. La funzione sociale viene ora espressamente elevata, allo stesso tempo, a requisito di validità del contratto e a ragione per flessibilizzare i rimedi contro l'inadempimento. Essa invade l'intero spazio della normatività contrattuale e sembra universalizzarsi, come una sorta di "superprincipio" o addirittura un'entità iperbolicamente "divinizzata", autonoma e autosufficiente. Essa trascende il contratto, la proprietà e l'impresa, e diviene una categoria suprema che, sebbene sempre meno compresa (o forse proprio per questo), serve a erodere i diritti e le garanzie individuali – soprattutto l'autonomia e la libertà. Il Brasile, sebbene, come l'Italia, abbia cercato di costruire un modello di contenimento, sembra essere sul punto di regredire nell'archetipo dell'espansione.

In questo scenario, l'esperienza italiana dovrebbe servire da esempio per il diritto brasiliano: ci sono buone ragioni per resistere al fascino della "funzione sociale del contratto", una clausola performativa, ma priva di densità normativa, la cui vocazione nel corso della storia è sempre stata quella di sottomettere la libertà individuale a imperativi collettivi definiti al di fuori dello spazio contrattuale. Nello Stato di diritto, la limitazione è una premessa indispensabile. E qualsiasi clausola generale che concentri in sé la capacità di invalidare, rivedere o risignificare i contratti, senza criteri precedentemente stabiliti, rappresenta una minaccia istituzionale.

Tuttavia, l'esperienza brasiliana può anche offrire preziosi avvertimenti al diritto italiano. Essa dimostra che il tentativo di controllare una clausola aperta attraverso accorgimenti interpretativi non impedisce che quest'ultima ritorni, rafforzata, come strumento di governo giudiziario. L'esempio serve ad avvertire che gli istituti giuridici sono profondamente radicati nelle loro origini e non possono essere facilmente mutati di significato o allontanati dalle loro portate e finalità primordiali. Che le clausole aperte, non neutre dal punto di vista dei valori, fungono da permanenti valvole di apertura per riconfigurare il sistema giuridico e adattarlo al clima politico e ideologico del momento. Che, infine, improvvisamente e inconsapevolmente, il germe dell'autoritarismo – messo in ibernazione dopo decenni di dibattito e sviluppo teorico e pratico, ma conservato, allo stato potenziale, nel testo giuridico – può rinascere e diffondersi come un'erbaccia che non è stata eliminata alla radice.

È tempo di riconoscere che la "funzione sociale del contratto" è una locuzione performativa priva di densità teorica, che agisce come fattore destabilizzante del sistema, causa di erosione del contratto e finestra sull'arbitrio. L'analisi comparata delle esperienze giuridiche italiane e brasiliane – attenta ai loro punti di contatto e di contrasto – non vuole imporre lezioni, ma invita a una riflessione critica sui rischi della funzione sociale e sui limiti dell'intervento valutativo nelle relazioni contrattuali. Lo studio comparato dimostra che la moderazione interpretativa non è più sufficiente. Forse è giunto il momento di fare un passo più deciso: abbandonare la funzione sociale come clausola di controllo generale e, se vi è ancora spazio per mantenerla, restituirle il ruolo di eccezione. Ma dobbiamo riconoscere che ogni eccezione che si perpetua cessa di contenere – e comincia a erodere. Con più coraggio, dobbiamo respingerla definitivamente e riaffermare – senza esitazioni – l'autonomia privata come il vero fondamento strutturale del contratto in un ordinamento giuridico basato sulla libertà e sulla responsabilità.

L'articolo analizza criticamente la proposta di riforma del Codice civile brasiliano (PL 4/2025), che amplia il ruolo della funzione sociale del contratto. A partire dall'esperienza italiana, in cui la funzionalizzazione contrattuale è stata sperimentata e successivamente contenuta, si evidenziano i rischi di attribuire centralità normativa a clausole generali di bassa densità concettuale. Si sostiene che la trasmutazione della funzione sociale, da limite esterno all'autonomia privata a criterio autonomo di validità, compromette la certezza del diritto, indebolisce la libertà contrattuale e favorisce il decisionismo e il soggettivismo giudiziari. Il confronto tra Brasile e Italia dimostra che l'ipertrofia della funzione sociale non costituisce un aggiornamento ermeneutico, ma un regresso tecnico e ideologico. Si conclude che la preservazione della funzione

civilizzatrice del contratto richiede di contenere le clausole aperte e di riaffermare l'autonomia privata come fondamento strutturante del diritto contrattuale.

The article critically examines the proposed reform of the Brazilian Civil Code (Draft Law No. 4/2025), which expands the role of the social function of contract. Drawing on the Italian experience – where contractual functionalization was tested and subsequently contained – it highlights the risks of granting normative centrality to general clauses of low conceptual density. It is argued that the transmutation of the social function from an external limit on private autonomy into an autonomous criterion of validity undermines legal certainty, weakens the autonomy of the contracting parties, and fosters judicial decisionism and subjectivism. The contrast between Brazil and Italy reveals that the hypertrophy of the social function does not represent a hermeneutical advancement, but rather a technical and ideological regression. It concludes that preserving the civilizing function of contract requires restraining open-ended clauses and reaffirming private autonomy as a structuring foundation.

Veronica Paternolli*
Marco Bressan**
Mila Dalla Preda***

Enforceable business process: una soluzione tecnologica all'incompletezza contrattuale (1) (2)

Sommario: 1. Sul contratto: 1.1 Sulla teoria dell'oggetto; 1.2 Sulla definizione di oggetto; 1.3 Sul rapporto tra oggetto e contenuto. - **2.** L'incompletezza contrattuale da lacuna subita, deliberata e da mutazione della situazione di fatto: 2.1 Tecniche di ri-determinazione del contratto incompleto. - **3.** Inadeguatezza dello *Smart Contract*. - **4.** Una nuova architettura: *Enforceable Business Process*. - **5.** Conclusioni.

1. Sul contratto

L'incompletezza contrattuale impone, quale primo passo, un'indagine sulla struttura del contratto e sui suoi elementi essenziali, in particolare l'oggetto, in cui tale incompletezza si manifesta con maggiore intensità e complessità.

Nell'ambito degli atti giuridici leciti vengono definiti negozi giuridici quelle determinazioni di volontà da parte di un soggetto che sono in grado di scegliere una nuova regola per il futuro, sia in ambito personale che in quello patrimoniale. Il negozio giuridico è espressione, dunque, del potere di darsi nuove regole, che la legge concede ai cittadini, in virtù della loro volontà privata e delle molteplici esigenze di vita patrimoniali e non che possono sorgere nel tempo.

Il più importante tra i negozi giuridici è il contratto, disciplinato dal Titolo II del Libro IV del Codice civile italiano ("c.c.it."), al suo art. 1321, come l'accordo di due o più parti per costituire, regolare, estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. Con l'intervento dell'art. 1325 c.c.it. è agevole poi identificare quali

* Dottoranda di ricerca nell'Università di Verona, Dipartimento di Informatica.
** LM in Diritto per le Tecnologie e l'Innovazione Sostenibile, Università di Verona.
*** Professore ordinario nell'Università di Verona, Dipartimento di Informatica.

(1) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.
(2) Contributo finanziato dall'Unione europea – next Generation EU, Missione 4, Componente 1, CUP B1I23000830004.

siano gli elementi costitutivi del contratto, che la legge individua e richiede a pena di nullità: l'accordo tra le parti, la forma (se prescritta a pena di nullità), la causa, l'oggetto (3).

Ai fini della presente trattazione, tuttavia, ci si limiterà a una considerazione sintetica dei primi tre elementi del contratto – l'accordo (4), la forma (5) e la causa (6) – privilegiando invece un'analisi approfondita dell'oggetto contrattuale, del suo contenuto e del rapporto che intercorre tra i due. La nozione di oggetto riveste, infatti, un ruolo centrale nell'economia dell'analisi, poiché è proprio nell'oggetto del contratto che spesso si annida l'incompletezza che qui si intende esplorare.

Nel corso della storia giuridica, lo studio dell'oggetto del contratto ha costantemente perseguito l'obiettivo di ricondurre tale nozione entro una definizione

(3) A. Cecchini, G. Amadio, *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2020, pp. 152 e ss.

(4) A. Cecchini, *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2008, p. 182, tratta il concetto dell'accordo come il risultato dell'incontro tra le volontà delle parti coinvolte, le quali sono chiamate a concordare su un insieme di regole o clausole che disciplinano il loro rapporto, anche se i reciproci interessi possono risultare in contrasto. Oggi, il ruolo tradizionale dell'accordo inteso come incontro di volontà sta subendo un ridimensionamento a causa della crescente standardizzazione dei contratti e della compressione della fase precontrattuale di trattativa; spesso le parti, soprattutto se si collocano in un ambito commerciale e transnazionale, si affidano a modelli predefiniti e a contratti standardizzati, cosa che limita la loro autonomia nel negoziare i termini: si pensi ai c.d. *Incoterms*, modelli contrattuali transnazionali predeterminati (sviluppati dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi) che le parti possono scegliere al fine di allocare i rischi e i costi della transazione sulla base delle loro esigenze, risparmiando in termini di prezzo e di efficienza contrattuale. Con gli *Incoterms*, e in generale con tutti i modelli contrattuali standardizzati, vi è uno spostamento dell'accordo, che non ricade più sull'oggetto del contratto, quanto piuttosto sul tipo di modello standardizzato da attuare.

(5) Senza che ci si diffonda eccessivamente in una dogmatica dissertazione sulla teoria della forma del contratto, pur richiamando per esempio A. Cecchini, G. Amadio, *Lezioni di diritto privato*, cit., p. 182, i quali la qualificano come la dichiarazione per mezzo della quale la volontà dele parti viene esternata, gli stessi autori ricordano che il requisito della forma si riferisce all'attività di documentazione delle parti; è per questo motivo che le sottoscrizioni di contratti digitali attraverso procedimenti di *Point&Click* consentono di soddisfare la forma scritta, anche se spesso la smaterializzazione dell'atto pregiudica la consapevolezza dello stesso da parte dell'attore umano.

(6) È sul requisito della causa, da alcuni definita come un oggetto vago e misterioso, che la dottrina si diffonde. V. sul punto, F. Ferrara Jr., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127. Certo è che essa non viene definita dal c.c.it. L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale maggioritario sembra aver abbandonato la concezione soggettiva della causa secondo cui essa sarebbe lo scopo per il quale le parti attuano il contratto, abbracciando invece la concezione oggettiva secondo cui la causa andrebbe intesa come la funzione economico-giuridico-individuale del contratto. Il controllo della causa di un contratto non è pertanto rivolto ad approfondire le intenzioni delle parti contraenti, ma riguarda le clausole e le prestazioni che sono pattuite in concreto. Solo una considerazione realistica di questo tipo, da realizzarsi caso per caso, sarà in grado di giudicare se un determinato contratto è idoneo a svolgere una funzione apprezzabile e meritevole di tutela. Significativa è sul punto una pronuncia della Cassazione (Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490), che ha definito la causa contrattuale quale funzione economico-individuale, scopo pratico del contratto, sintesi degli interessi che lo stesso è diretto a realizzare.

idonea ad esprimerne la portata attraverso differenti categorie dotate di astrattezza e generalità. Occorre però considerare che l'oggetto del contratto, come nozione, è influenzato da una moltitudine di fattori tecnici, e, soprattutto, storici, logici e ideologici, che si rende necessario esplorare per ricostruirne i contorni.

Un primo rilevante ostacolo si rinviene nel fatto che l'attuale codice, pur se auspicato dalla dottrina a commento del c.c.it. 1865, non ha apportato nella formulazione dell'istituto quella opportuna chiarezza che sarebbe stata necessaria, inducendo fino ai giorni nostri numerose interpretazioni e un'ampia varietà di significati.

Tale incompletezza non è solo stata tradizionalmente analizzata in dottrina rispetto ai diversi elementi fisiologici della previsione negoziale, ma è stata anche oggetto di recente attenzione con particolare riferimento all'architettura degli *Smart Contract* (7). In particolare, ci si è interrogati sulla capacità di questi di recepire, eseguire, e in ultimo gestire diverse e complesse obbligazioni contrattuali, il cui contenuto viene definito al di fuori dell'ambiente codificato e digitale, ossia quello che è il perimetro computazionale di un linguaggio deterministico.

Se in alcune circostanze la presenza di diverse interpretazioni dottrinali rappresenta il motore vitale di categorie dogmatiche e concetti risalenti nel tempo, si fatica ad affermare qui lo stesso (8), dal momento che l'incertezza e la contraddittorietà manifestate dal legislatore nella definizione dell'oggetto del contratto e l'ambiguità delle formulazioni impiegate hanno finito per favorire la sovrapposizione di problemi fra loro diversi e distinti (9).

1.1 Sulla teoria dell'oggetto

In primo luogo, sorge l'interrogativo sulla legittimità e sull'utilità di una formalizzazione teorica dell'oggetto del contratto. Secondo autorevole dottrina questo senso sfumerebbe (10), dal momento che si cercherebbe così di riunire sotto uno stesso e unico concetto casi fra loro troppo diversi, unificando in un elemento generale, senza alcuna utilità, disparate ragioni di invalidità del contratto – quali illiceità, impossibilità, indeterminabilità della prestazione.

In un'ottica comparativistica, si osserva come negli ordinamenti di *common law* manchi una nozione di 'oggetto' paragonabile a quella propria dei sistemi

(7) F. Sporto; S. Migliorini; M. Gambini; A. Benini, *On the use of generic types for smart contracts*, in *Cluster Computing*, 2023, pp. 2099-2113.
(8) V. sul punto, G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova, 2009, *passim*, in part. pp. 145 e ss. L'autore fa notare proprio come "l'ambiguità delle formulazioni utilizzate dal legislatore ha finito per sovrapporre questioni diverse e distinte".
(9) F. Galgano, *Della nullità del contratto*, *in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 115.
(10) G. Gorla, *La teoria dell'oggetto del contratto del diritto continentale*, in *Jus*, 1953, 3, p. 295.

di *civil law*. Tali ordinamenti affrontano le questioni inerenti alla validità del contratto attraverso criteri specifici, giungendo tuttavia, non di rado, a soluzioni sostanzialmente analoghe. Ne deriva che l'oggetto del contratto potrebbe anche allontanarsi dall'assunzione di un ruolo centrale, così come avviene per accordo, causa e forma, in quanto non individuerebbe un principio certo o un carattere generale del sistema contrattuale (11).

Tale prospettiva è stata tracciata in dottrina raccogliendo nel tempo innumerevoli e diversi consensi (12), concretizzando scarsissima attenzione al tema dell'oggetto del contratto, e quindi al tentativo di consolidare – o edificare – una sua teoria, limitandosi allo studio dei singoli e diversi profili che la costituiscono (13). Appare quindi condivisibile l'affermazione del Ferri (14), secondo cui indipendentemente dalla nozione di oggetto che si intende abbracciare "c'è ancora molta strada da percorrere". Affrontato, con scarsi risultati pratici, il tema della necessità di una teoria dell'oggetto contrattuale, si prosegue ora con un secondo profilo critico circa tale nozione, ovvero quello della sua definizione.

1.2 Sulla definizione di oggetto

Nelle discussioni dottrinali sulla nozione di oggetto del contratto, volte a razionalizzarla in termini teorici e definitori, è sempre stato centrale il tema del rapporto tra lo stesso ed il suo contenuto. Il nesso è stato spesso trattato in termini poco chiari e concettualmente ambigui, tanto dagli interpreti quanto dal legislatore, fino ad arrivare spesso a sovrapporre e confondere tra loro le due nozioni. Così, ad esempio, la formulazione dell'art. 1470 c.c.it. – definendo la vendita come quel contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo – delinea una corrispondenza erronea tra la funzione economico-giuridica del contratto e la

(11) Al più, la teoria dell'oggetto consentirebbe semplicemente di constatare la presenza di regole giuridiche che stabiliscono l'invalidità del contratto a seguito di un difetto della prestazione-oggetto, non già di costituire una teoria o un concetto generale degna di questo nome. V. sul punto, G. Gorla, *op. loc. ult. cit.*

(12) A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 30 e ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, II ed., Torino, 1950, p. 237; B. Biondi, *Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno*, in *Studi in onore di F. Messineo*, I, Milano, 1958, pp. 37 e ss.; N. Irti, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 806; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 353; G.B. Ferri, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 9; R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, II, Torino, 1993, p. 19; G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 159.

(13) V. sul punto, E. Gabrielli, *L'autonomia privata*, Padova, 2020, p. 244.

(14) G.B. Ferri, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 9.

nozione di "oggetto". Ancora, l'art. 1346 c.c.it. – definendo i requisiti dell'oggetto del contratto – individua la liceità, connotato che però, come argomenta certa dottrina (15), non può essere relativo all'oggetto in sé, quanto piuttosto all'operazione economica sottesa al contratto, e dunque alla sua causa.

La tendenza a confondere le nozioni di causa e oggetto del contratto, presente nelle interpretazioni degli studiosi, è stata più volte evidenziata. Oggi si può considerare un dato consolidato che il concetto di causa si sia progressivamente distinto fino ad assumere un'identità unitaria proprio grazie al suo distacco dall'analisi dell'oggetto del contratto, tanto che il tema della causa ha catalizzato un'attrazione predominante sulla dottrina italiana, contribuendo, forse, a marginalizzare il tema dell'oggetto (16).

Perseguendo lo sviluppo concettuale della nozione di oggetto del contratto, si può prendere le mosse da quella teoria che lo identifica con la cosa o il bene oggetto del contratto, inteso come valore comprensivo non soltanto delle cose ma anche delle utilità incorporali che possono costituire il punto di riferimento oggettivo di un interesse: esso sarebbe pertanto quel bene che costituisce il punto di riferimento oggettivo degli interessi di cui si vuole disporre attraverso il contratto – ad esempio, la cosa e il prezzo, nella vendita (17). Si rileva tuttavia che se l'oggetto deve essere considerato come un requisito fondamentale del contratto, alla luce dell'art. 1325 c.c.it., la sua identificazione con il bene non offre una spiegazione per le figure in cui le parti dispongono di diritti o accertano rapporti (che di per sé non sono qualificabili né come beni, né come cose) (18): in tali casi si dovrebbe affermare, paradossalmente, la presenza di un contratto privo di oggetto, quindi nullo. D'altro canto, la corrispondenza tra l'oggetto e il bene appare incontestabile se si considera la rappresentazione che le parti ne hanno (19).

Altra teoria, seppur circoscritta, guarda all'oggetto del contratto come "interesse". In quest'ottica, l'errore sull'oggetto del contratto si configura come un errore relativo al conflitto di interessi che il contratto è volto a regolare. Altra visione (20), si orienta nei limiti in cui l'interesse costituisce oggetto del regolamento. In questo caso, l'oggetto deve essere identificato con lo scopo, inteso però non come soddisfazione del bisogno concreto, ma come situazione finale in cui si concretizza la vicenda regolata dal negozio. Tuttavia, quest'ultima tesi è stata respinta con forza (21), sul presupposto che nella prospettiva delle parti del contratto "l'inte-

(15) E. Gabrielli, *L'autonomia privata*, cit., p. 246.
(16) G.B. Ferri, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, cit., p. 9.
(17) G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., p. 152.
(18) N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 129.
(19) N. Irti, *op. ult. cit.*, p. 130.
(20) P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 153.
(21) G. Oppo, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 88.

resse non è l'oggetto del contratto, ma è all'oggetto del contratto" (22), ribadendo così che l'interesse non può mai essere oggetto di un contratto, e neppure di un diritto. Allo stesso modo (23), si afferma che l'interesse non è l'oggetto diretto del contratto, ma piuttosto il punto di riferimento esterno su cui si concentra l'accordo. Quindi l'interesse non sarebbe l'oggetto in sé, ma ciò su cui il contratto interviene, influenzandolo tramite le sue conseguenze legali e giuridiche: in sintesi, esso sarebbe ciò che le parti vogliono raggiungere, ma non l'oggetto del contratto in senso stretto.

Prevale oggi, nell'opinione degli interpreti che cercano di giungere a una definizione di oggetto del contratto, la concezione secondo cui lo si identifica con la prestazione. Conforta in questa direzione il fatto che Filippo Vassalli, nelle sue notazioni al progetto di Codice civile del 1940, sostituì all'art. 211 – rubricato "oggetto del contratto" (24) – l'espressione "L'oggetto del contratto" con "La prestazione dedotta in contratto" (25). Per "prestazione" si deve intendere non solamente il contenuto dell'obbligazione, ma più ampiamente l'attribuzione patrimoniale dedotta in contratto, senza che questo vada però ad ampliare eccessivamente la nozione di oggetto: esso non designerebbe l'insieme dei risultati previsti e quindi, in tal senso, l'insieme dei fatti, delle modifiche materiali e degli effetti giuridici che costituiscono il programma contrattuale, o, in altri termini, l'ordine dei risultati finali che il contratto tende a realizzare (26); nella prospettiva riportata, se si considera che la causa viene definita come "la funzione pratica perseguita attraverso i risultati programmati, cioè l'insieme degli interessi che l'operazione negoziale tende a soddisfare" (27), apparirebbe evidente come la nozione di oggetto e di causa del contratto "finiscano per intrecciarsi e sovrapporsi in un groviglio concettuale da cui risulta difficile poi districarsi" (28).

Inoltre, identificare l'oggetto del contratto come l'insieme dei risultati rischia di generare una sovrapposizione concettuale tra problemi di natura distinta. Inteso il termine "risultato" come riferito all'insieme delle operazioni economiche che il contratto è destinato a realizzare, e non già come elemento strutturale del medesimo, una simile accezione potrebbe semmai rilevare ai fini della qualificazione della causa, piuttosto che dell'oggetto (29). Parimenti a

(22) G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., p. 152.
(23) R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, cit., p. 352.
(24) G. De Nova, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in *Dir. informazione e informatica*, 1986, pp. 803-808.
(25) G.B. Ferri, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, p. 101.
(26) C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, II ed., Torino, 1993, p. 4.
(27) C.M. Bianca, *op. loc. ult. cit*.
(28) G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., p. 152.
(29) E. Gabrielli, *L'autonomia privata*, cit., p. 251.

quanto avviene per la concezione che equipara la nozione di oggetto con quella di bene, la teoria secondo cui esso si identifica con la prestazione non rimane esente da critiche: con il termine "prestazione" ci si riferirebbe unicamente agli effetti economici di un limitato gruppo di negozi, escludendo tutti i contratti ad effetti reali, a meno che non si intenda quel termine nel significato ampio di risultato – ovverosia di interesse soddisfatto –, con la conseguenza che sarebbe difficile distinguere in tal modo l'oggetto del contratto dal suo contenuto e dalla nozione di causa. A tale critica si è replicato affermando come il termine "prestazione" non indichi solamente i comportamenti che vengono attuati in esecuzione delle obbligazioni contrattuali, ma anche i risultati – il trasferimento di diritti – che, nel caso dei contratti ad effetto reale, conseguono immediatamente all'accordo (30).

Una più audace prospettiva teorica ricerca l'oggetto del contratto al di fuori della struttura del contratto stesso, connotandolo di esogeneità. Questa posizione risulta essere più tecnica e dogmatica delle precedenti, e consentirebbe di superare il limite dettato dalle varie fattispecie contrattuali – ad effetti obbligatori o reali. Più nello specifico, "soggetti e oggetto del contratto non diventano elementi del negozio, e tanto meno, requisiti del medesimo, ma restano semplicemente i termini, fra i quali e sul quale il negozio si forma: sebbene necessari per l'esistenza del contratto, non ne sono dentro, ma fuori" (31).

Pare tuttavia che questa teoria lasci irrisolto il problema di individuare un meccanismo tramite cui gli elementi interni al contratto si colleghino con i suoi elementi esterni – i soggetti e l'oggetto, appunto. Il livello più elevato di astrazione logica si raggiunge quando si afferma che il meccanismo di collegamento tra contratto e oggetto esterno debba essere previsto dal contratto stesso, indipendentemente dal fatto che l'oggetto esista già o meno: il contratto non ha il potere di determinare l'oggetto verso cui produce gli effetti giuridici, che esiste al dì fuori e indipendentemente da esso; l'unico potere che le parti contrattuali hanno è quello di descrivere e prevedere quale sarà l'effetto futuro. In pratica, l'oggetto del contratto si configura come una rappresentazione programmatica del bene su cui il contratto produrrà effetti, ed è descritto dal contenuto del contratto, meccanismo di collegamento tra l'interno e l'esterno del contratto stesso (32).

1.3 Sul rapporto tra oggetto e contenuto

Un ulteriore tema che va affrontato è quello del rapporto, caratterizzato da tensione imprigionata in un'ambiguità concettuale, tra oggetto e contenuto del

(30) A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, II ed., Torino, 2000, p. 27.
(31) F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1976, p. 129.
(32) N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 139.

contratto, termini questi impiegati, tanto nella prassi giuridica quanto in quella computazionale, in modo intercambiabile e privo di rigore sistematico (33).

Una prima distinzione tra i due concetti asserisce, da un lato, che il contenuto riguarda la sfera dispositiva delle parti, cioè l'insieme delle scelte che le parti compiono liberamente per modellare il contratto secondo la loro autonomia. In questo caso il contenuto definisce come le parti attribuiscono e organizzano i diritti e gli obblighi, servendo come guida per la costruzione e l'analisi delle specifiche disposizioni contrattuali. Dall'altro lato, l'oggetto si riferisce invece a ciò che il contratto deve necessariamente essere perché sia valido e possa operare alla luce della norma: esso pone dei limiti e dei criteri per il contenuto, che per quanto possa essere lasciato alla libera volontà delle parti deve irrimediabilmente rispettare alcune categorie di validità (34).

Notando come la giurisprudenza non abbia mai dato un notevole apporto alla questione – definendo, la Cassazione, l'oggetto del contratto, prima, come il contenuto di esso fissato dalle parti, poi come vicenda cui lo stesso è finalizzato, ed infine come bene che le parti intendono trasferire – (35), la dottrina si chiede se le due nozioni esprimano concetti tecnicamente e dogmaticamente differenti, oppure se siano due nozioni sovrapponibili.

Un'interpretazione riflette la tendenza a identificare le due nozioni di oggetto e contenuto attraverso un ampliamento ed un'evoluzione del concetto di oggetto, considerato inizialmente come prestazione. Sotto l'apparente identità dei vocaboli si è potuto mimetizzare il passaggio "da una prima idea di oggetto-prestazione – inteso come comportamento dovuto –, ad una più recente idea di oggetto-prestazione – inteso come vicenda di un rapporto giuridico alla cui produzione è rivolto il contratto –, e di qui, in modo abbastanza ovvio, all'idea di contenuto" (36).

---

(33) V. sul punto, D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, VI ed., Torino, 1965, p. 377. A cui si aggiunge che pure secondo G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 175, dalla contaminazione della nozione di oggetto con quella di contenuto del contratto deriverebbe la confusione tra oggetto e causa del contratto, con la conseguente negazione che la causa sia un elemento essenziale, a sé stante, del negozio.

(34) R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, II ed., 1966, p. 129, secondo cui: "il contenuto riguarda la sfera dispositiva delle parti, cioè l'insieme delle scelte che le parti compiono liberamente per modellare il contratto secondo la loro autonomia contrattuale. In questo caso il contenuto definisce come le parti attribuiscono e organizzano i diritti e gli obblighi, servendo come guida per la costruzione e l'analisi delle specifiche disposizioni contrattuali. Dall'altro lato, l'oggetto si riferisce invece a ciò che il contratto deve necessariamente essere perché sia valido alla luce della norma: esso pone dei limiti e dei criteri per il contenuto, che per quanto possa essere lasciato alla libera volontà delle parti deve irrimediabilmente rispettare alcune categorie di validità".

(35) E. Gabrielli, *L'autonomia privata*, cit., p. 256, nota 57.

(36) R. Sacco, G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, X, II, 2018, pp. 372 e ss.; perciò, si potrebbe dire che l'oggetto del contratto è ciò che le parti hanno voluto. Da qui si arriva a identificare oggetto e contenuto: ciò che le parti dichiarano di volere (l'oggetto) coincide con il complesso di regole che formano il contenuto del contratto.

Un altro approccio distingue tra un significato ampio e uno stretto di contenuto del contratto. Quello ampio corrisponde a tutto ciò che viene detto e scritto nel contratto, mentre quello stretto corrisponde solamente all'insieme delle regole decisive. Di questa ultima concezione ristretta del contenuto, vi è una distinzione delle formulazioni che effettivamente stabiliscono regole, ovvero il dispositivo del contratto, e quelle che semplicemente descrivono o esprimono situazioni in quanto parte enunciativa del contratto (37).

Dalla presente analisi appare evidente come l'oggetto del contratto non sia tanto la regola scritta in qualità di contenuto, ma il comportamento o il risultato che tale regola intende produrre, ovvero la prestazione. In altre parole, l'oggetto del contratto è ciò a cui la regola si riferisce, e non la regola stessa (38). In effetti, perché un contratto sia efficace, occorre che il suo contenuto indichi chiaramente quale sia l'effetto pratico, cioè quale sia l'oggetto concreto, cui esso si riferisce.

L'oggetto sarebbe quindi un qualcosa di esterno al contenuto e al contratto, ed è l'entità a cui il contratto si riferisce, identificata attraverso una descrizione negoziale che funge da strumento tecnico per la sua precisa determinazione.

In sintesi, mentre il contenuto riguarda l'insieme delle regole e delle disposizioni decise dalle parti ed è quel meccanismo tecnico per mezzo del quale è possibile collegare il contratto con l'oggetto esterno, l'oggetto è quell'elemento, appunto esterno in relazione alla prestazione, su cui tali regole incidono e che dà effetto al contratto stesso. Un'analisi giuridica dimostra, infine, che l'oggetto del contratto è un elemento esterno rispetto alla volontà delle parti e alla struttura del contratto stesso. Tuttavia, per renderlo operante, è necessario definirlo all'interno del contenuto contrattuale attraverso una rappresentazione giuridica, ovvero una descrizione formale che lo identifichi in modo chiaro (39).

Pertanto, nel passaggio dall'idea di oggetto del contratto inteso come bene, all'idea di oggetto del contratto inteso come prestazione e termine esterno alla struttura del contratto, delineato dalla sopra menzionata dottrina, si è assistito alla dematerializzazione concettuale della nozione di oggetto. Nella nuova legislazione sui contratti, in particolare in quella di derivazione comunitaria, emerge con maggiore chiarezza l'aspetto della protezione contro l'asimmetria di potere contrattuale. In questo contesto, la regolamentazione dell'oggetto diventa uno strumento di tutela per la parte debole – come spesso accade, il consumatore –, poiché impone

(37) A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 108. L'autore, nell'analisi del contenuto, evidenzia anche l'individuazione della regola minima, quella che "ha una sua autonomia e un suo significato ma che non è scomponibile in regole ulteriori".
(38) A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, cit., p. 27. Continuando il ragionamento, il Cataudella identifica poi l'oggetto con ciò che generalmente è definito prestazione, sia sotto la forma del comportamento imposto dalla regola, sia sotto la forma del risultato che ad essa consegue.
(39) N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 140.

ai contraenti non solo di definire le prestazioni previste dal contratto, ma anche, in alcuni casi, di specificare le modalità di esecuzione. In tal modo si garantisce alla parte vulnerabile una maggiore chiarezza su ciò che è tenuta a fare e su quanto può essere da lei legittimamente preteso, riducendo così il rischio di abusi (40). In tema di vendita di beni di consumo, infatti, il Codice del consumo all'art. 129, comma 2, lett. *a)*, nel valutare la conformità del bene al contratto, fa riferimento innanzitutto a quanto previsto nel contratto di vendita.

Sussisterà dunque inadempimento del fornitore se il bene effettivamente consegnato non risulta conforme a quello dovuto e descritto dal fornitore. Sembra allora potersi sostenere che il nuovo diritto dei contratti non solo fa riferimento all'oggetto del contratto come profilo per perseguire i propri obiettivi di tutela dell'asimmetria di potere contrattuale, ma riconduce il tema alla sua formulazione teorica e dottrinale più persuasiva, quella cioè di elemento esterno al contratto, ma da questo descritto nel suo contenuto.

In conclusione, anche l'Accademia dei Giusprivatisti Europei, nella redazione del *Code Européen des Contrats*, e nell'individuazione degli elementi essenziali del contratto, non menzionando l'oggetto, si allinea con la tesi dottrinale sopra descritta, secondo cui i requisiti normativi dell'oggetto sono in realtà requisiti del contenuto, e ciò che importa non è l'esistenza attuale o potenziale dell'oggetto-termine esterno al contratto, ma la presenza del suo profilo descrittivo, che assume per le parti valore di regola all'interno del contratto.

2. L'incompletezza contrattuale da lacuna subita, deliberata e da mutazione della situazione di fatto

Esaminata la centralità del tema dell'oggetto contrattuale, sulla sua definizione e sul suo rapporto con il contenuto del contratto, si propone ora l'introduzione del tassello logico successivo che permetterà di edificare il quadro completo della dissertazione: l'incompletezza contrattuale (41).

In generale, riferendosi al tema inesplorato ed ostico dell'incompletezza contrattuale, ci si riferisce principalmente ad una lacuna del contenuto del contratto, ovvero della descrizione formale che dell'oggetto si dà all'interno del contratto. La lacuna del contenuto si traduce pertanto in una mancata previsione, da parte dei

(40) V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769.

(41) Intesa in accezione prettamente giuridica, ben consapevoli del fatto che ne esiste anche una economica, secondo cui essa coinciderebbe con la mancata considerazione, in sede negoziale e di contenuto del contratto, di tutti quegli "stati del mondo" che possono incidere sui guadagni economici attesi dalle parti. Sul punto, E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, p. 28.

contraenti, della regola necessaria all'individuazione dell'oggetto contrattuale e, quindi, all'attuazione concreta del contratto (42). Il concetto di incompletezza, o lacuna, del contratto, non deve essere confuso con la sua incompletezza 'apparente' (43), relativa cioè ai difetti di formulazione del contenuto che danno luogo a dubbi interpretativi; al contrario, si sta qui riferendosi alla lacuna, certamente più pervasiva e sfidante dal punto di vista giuridico, relativa alla regola contrattuale.

L'incompletezza contrattuale rappresenta un fenomeno ampiamente riconosciuto nella prassi, imputabile tanto alle modalità e alle tecniche di negoziazione quanto alla complessità strutturale del regolamento contrattuale. È di inizio secolo scorso, ad esempio, la constatazione secondo cui "quando due persone contrattano, dovrebbero regolare tutti gli aspetti del loro rapporto. Ma in pratica non avviene così: non tutti gli interessi delle parti godono del reciproco e medesimo interesse; normalmente, per esempio, l'attenzione della parte venditrice e compratrice è molto più viva sul prezzo che sul luogo della compravendita" (44).

Si ipotizza che le lacune possono essere subite dalle parti, o da loro deliberate (45). Sono subite quando le parti non regolano un determinato aspetto del rapporto, senza prevedere alcun meccanismo di successiva determinazione di quell'aspetto – ovvero, quando le parti non determinano l'oggetto e nemmeno si curano di individuare un contenuto contrattuale che potrà determinarlo in futuro – demandandone alla legge la disciplina. Questo primo tipo di lacuna, non deliberata, può risultare: *i)* dalla mera dimenticanza delle parti, *ii)* dall'affidamento delle parti alle norme dispositive o imperative che, comunque, la colmano, *iii)* dall'asimmetria informativa tra le parti, in ragione della quale una di esse non tratta uno specifico aspetto del contratto sapendo che troverà applicazione una disposizione a lei favorevole (46).

Sono invece deliberate quelle lacune che, consapevolmente per tutte le parti coinvolte, viziano il contenuto contrattuale e dovranno essere successivamente determinate in ragione di un meccanismo di superamento, questo sì, individuato all'interno del contratto: un successivo accordo integrativo del primo, la determinazione di una sola parte, la decisione di un terzo.

---

(42) E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 1.

(43) G. Bernini, *Les techinques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats a long terme*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1975, p. 43.

(44) V. sul punto, F. Carnelutti, *Sulla efficacia delle clausole non accettate*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, pp. 2-3.

(45) E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 3.

(46) Si pensi al caso, più comune di quanto si immagini, di un venditore che distoglie l'attenzione della controparte dalla regolazione della ripartizione delle spese di contrattazione, concentrandosi invece su altre regole, inerenti il prezzo di vendita, la garanzia e i tempi d'esecuzione, ben conoscendo che troverà applicazione l'art. 1475 c.c. in ragione del quale le spese saranno a carico esclusivo del compratore, in assenza di specifiche pattuizioni.

È stato valutato che "nella fase di conclusione di un contratto spesso accade che le parti si esimano dal concordare nei minimi particolari il contenuto del negozio con il quale intendono assegnare un regolamento agli interessi perseguiti, rendendo così lacunosa la veste formale che l'ordinamento impone alle operazioni economiche da esse intraprese. Intervenuto poi l'accordo sui punti ritenuti, nell'ottica delle parti, essenziali del patto, è frequente che si faccia rinvio ad una fase successiva nella quale si compia la determinazione più dettagliata dei singoli elementi o delle singole clausole che formano il contratto" (47). Questa tipologia di lacune, deliberate, determina un contratto c.d. "aperto" (48), completo solo in maniera parziale, relativamente agli elementi principali, ma rivolto a nuove e future negoziazioni con riferimento a elementi accessori. Anche se, tra le parti, l'affare è concluso, questi contratti sono dotati di un "certo margine di flessibilità" (49). Ancora, secondo il Morello, il negoziato ulteriore "può dipendere dalla necessità di definire particolari esecutivi, dettagli o elementi accessori, che, nell'ottica di entrambe le parti, non sono ritenuti di particolare importanza con riferimento alla trattativa nel suo complesso" ma saranno necessari in futuro. Si può anche registrare l'ipotesi che la lacuna deliberata dalle parti prenda spunto dal volersi tenere disponibili a modificare il contenuto, precisare l'oggetto o al limite, cancellare ogni effetto dell'accordo se si presentino migliori offerte o più vantaggiosi affari. Una sottospecie della lacuna deliberata, poi, è quella iniziale; essa si presenta come un contratto completo inizialmente, ma che sarà soggetto, per volere stesso delle parti e in ragione di una particolare lunga durata o complessità, a una futura rinegoziazione su specifici aspetti, che diverranno quindi lacunosi e meriteranno una nuova e distinta attenzione contrattuale.

Pertanto, più incisiva e significativa di quella subita, l'incompletezza da lacuna deliberata appare essere una tecnica decisionale – il decidere di non decidere è pur sempre una decisione – impiegata dalle parti di un contratto per gestire rapporti complessi, soprattutto in contesti di incertezza e di lunga durata, come quelli commerciali. I contraenti, volendo garantirsi una più efficace gestione del rapporto, pertanto, preferiscono un contratto aperto e flessibile ad uno rigido e immutabile, prevedendo così in itinere successive determinazioni e adattamenti di quanto già determinato.

Un'ulteriore via d'accesso al contratto dell'incompletezza può essere la mutazione della situazione di fatto sulla base della quale era stato determinato dalle parti l'assetto dei loro interessi tramite un contratto completo, e non dunque una

(47) G. Alpa, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 728.
(48) U. Morello, *Culpa in contraendo, accordi e intese preliminari*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, *Aspetti civilistici*, Milano, 1986, p. 131.
(49) U. Morello, *op. loc. ult. cit.*

delibera più o meno razionale delle parti stesse. In questi termini, il contratto non dovrà essere rinegoziato, ma "adattato" alle nuove e mutate circostanze, che possono essere dipese da avvenimenti probabili ma incerti (come guerre, epidemie o catastrofi naturali), oppure prevedibili (per esempio scioperi, mutamenti del mercato, aumento dei prezzi, modifiche alle politiche commerciali internazionali) (50). In generale, i cambiamenti della situazione di fatto possono dipendere da rischi di ordine economico, politico o tecnico: conflitti su scala regionale che si ripercuotono su scala globale, pandemie che riconfigurano i rapporti internazionali e la globalizzazione così come la si era conosciuta negli ultimi trent'anni, scelte politiche protezionistiche di nazioni prima considerate solidi partner commerciali, sono tutti esempi a noi vicini che rappresentano plasticamente di quello di cui si sta qui trattando. Molti ordinamenti nazionali, sia di *common law* che di *civil law*, stabiliscono che, al verificarsi di suddette mutazioni di fatto degli assetti di base su cui poggia il contratto, questo possa essere risolto per impossibilità sopravvenuta – disciplinata dagli artt. 1463 e ss. c.c.it. –, ma continuano a non prevedere alcun meccanismo per consentire il mantenimento del contratto riportato ad equilibrio, uccidendo, di fatto, contratti soltanto "ammalati" (51).

2.1 Tecniche di ri-determinazione del contratto incompleto

In particolare, nell'ambito di un rapporto economico-commerciale di lunga durata, i contraenti possono ricorrere a diverse tecniche negoziali per introdurre margini di flessibilità nell'assetto contrattuale, così da consentire un adeguamento progressivo del regolamento degli interessi all'evoluzione del rapporto e delle circostanze fattuali.

Nel diritto commerciale internazionale si distinguono le tecniche di *adaptation* e quelle di *renegotiation*, entrambe finalizzate a rimodulare il contratto in funzione di circostanze sopravvenute che ne abbiano alterato l'equilibrio originario. Le prime si caratterizzano per la previsione di meccanismi di adeguamento automatico del contenuto contrattuale, idonei ad attivarsi al verificarsi di determinati eventi; le seconde, invece, presuppongono un nuovo accordo tra le parti, volto a modificare consensualmente taluni elementi del rapporto negoziale (52).

È consolidata la prassi a livello di contratti finanziari internazionali, ad esempio, di accordi flessibili che già nella loro formulazione originaria prevedono clausole di adattamento aventi ad oggetto i tassi di interesse, soggetti a forti modificazioni nel corso del tempo. Contrario risulta il caso in cui si determinino mutazioni e sopravvenienze di una tale portata da sconvolgere l'assetto di interes-

(50) E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 10.
(51) E. Guerinoni, *op. ult. cit.*, p. 11.
(52) Le tecniche di *renegotiation* sono quindi una sorta di revisione del contratto originale.

si originariamente considerato, tali da richiedere una negoziazione *ex novo* degli stessi tra le parti – qualora queste ritengano, va da sé, ancora conveniente il loro rapporto contrattuale (53).

Più nello specifico, le clausole di *adaptation* operano in maniera automatica nel senso in cui producono effetti giuridici nei confronti del contratto senza che questo venga ri-negoziato dalle parti: l'automatismo rende vana quindi l'approvazione e l'espressione del consenso successivamente poste in essere dalla controparte (54). Ovviamente, la prestazione contenuta nella *adaptation clause* è determinabile sulla base di criteri stabiliti *ex ante* (55).

Al contrario, quando le sopravvenienze che incidono sui presupposti di fatto del contratto originario determinano uno squilibrio tale da rendere inadeguata l'applicazione di clausole di adattamento automatico, si fa ricorso a clausole di *renegotiation* e *hardship*. Tali previsioni, non auto-esecutive, sono finalizzate a consentire alle parti di pervenire a un nuovo accordo contrattuale, al fine di garantire la prosecuzione del rapporto su basi equilibrate. Ciò si rende necessario quando eventi sopravvenuti – imprevedibili, inevitabili e non imputabili a una parte – comportano un'alterazione eccessiva dell'equilibrio sinallagmatico, tale da determinare un aggravio ingiustificato per una delle parti o da pregiudicare l'esecuzione stessa del contratto (56).

Le clausole di *hardship* impongono ai contraenti la rinegoziazione contrattuale. Grazie alla loro provenienza da prassi di commercio internazionale, trovano sempre più fortuna anche nell'ordinamento interno, nei confronti del quale si pongono in una condizione di assoluta compatibilità, considerando il carattere dispositivo dell'art. 1467 c.c.it. Tale carattere consente alle parti di derogare la risoluzione per eccessiva onerosità attraverso apposite tecniche che riequilibrino il rapporto (57). Pertanto, è proprio l'art. 1467 a conferire grande modernità e

(53) E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 14.

(54) Nella prassi commerciale internazionale, queste tecniche di adattamento vengono spesso utilizzate nel settore petrolifero, per regolare i rapporti tra lo Stato-autorità concedente e la società petrolifera: assumendosi la società i rischi e i costi relativi all'esplorazione e allo sfruttamento dei giacimenti, viene prevista la progressiva variazione delle royalties da pagare allo Stato, a seconda dei livelli di rendimento del giacimento scoperto e sfruttato.

(55) Si pone qui un problema: cosa succederebbe se l'operare di clausole di adattamento dovesse mutare l'assetto degli interessi tra le parti in maniera così incisiva da determinare uno squilibrio degli stessi? Sul punto si veda la significativa sentenza della Cassazione del 29 giugno 1981, n. 4249, la quale ha stabilito come la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità risultante dall'adozione di *adaptation clauses* non possa essere invocata, in quanto il rischio di variazioni economiche tra le parti è già stato considerato e accettato nella fase di negoziazione contrattuale. Tali tecniche si delineano quindi come un'arma a doppio taglio, capaci di sgravare, sì, le parti da future e costose ri-negoziazioni, ma al contempo idonee a determinare anche eccessive, e insuperabili, onerosità.

(56) E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 15.

(57) Come riconosciuto da A. Fici, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, p. 51.

avvenirismo al nostro ordinamento, che, contrariamente a molti altri ordinamenti di *civil law*, prevede fin dal 1942 la possibilità per le parti di superare la drastica dicotomia tra adempimento del contratto e la sua risoluzione in presenza di eccessive onerosità.

Tuttavia, si è rilevato come la nostra disciplina sull'eccessiva onerosità sia insufficiente (58), perché il legislatore considera solamente il tipo di onerosità che grava sul costo della prestazione, "lasciando in ombra le altre circostanze incompatibili con l'adempimento", e inadeguata, perché si legittima solamente la parte non colpita dall'eccessiva onerosità ad offrire la modificazione del contratto.

Una sottile differenziazione rispetto alle clausole *hardship* è riconosciuta alle clausole *renegotiation*, le quali opererebbero anche in presenza di mutati assetti che non comportino uno sconvolgimento estremo e devastante dell'equilibrio contrattuale, e per questo hanno un ambito di applicazione più vasto (59).

Nel caso in cui in un contratto le parti omettano di prevedere clausole di rinegoziazione, siano esse tali in senso stretto o di *hardship*, ci si è interrogati sull'esistenza di un dovere di revisione del contratto. Se, da un lato, è vero che diverse previsioni codicistiche depongono in questo senso – come gli artt. 1447, 1480, 1492, 1538 c.c.it. – prevedendo, ad esempio, che i contratti conclusi in stato di pericolo, le vendite di cose altrui, il deperimento della cosa consegnata in seguito a vizi, le vendite a corpo, siano tutte situazioni idonee a rimodulare il contenuto contrattuale (60), altresì è ragionevole pensare come, al giorno d'oggi, data la diffusione delle clausole di ri-negoziazione, la loro mancanza verrebbe a dimostrare l'intenzione delle parti di assumere l'intero rischio dovuto al mutamento delle circostanze (61). Sul tema la dottrina non è concorde, soprattutto in considerazione del fatto che affermare l'esistenza di un generale dovere di revisione del contratto incompleto presuppone l'individuazione della fonte giuridica e delle sanzioni applicabili. Con riferimento alla fonte, è stato ipotizzato che tale dovere generale di revisione debba pervenire dal principio di buona fede (62). Con riferimento alla sanzione, è stata ipotizzata la possibilità di una revisione giudiziale, secondo il modello statunitense (63).

In ogni caso, esista o meno un dovere di revisione del contratto incompleto, si è concordi nell'affermare come l'incompletezza non impedisca al contratto di perfezionarsi, e che il rinvio da parte del contenuto contrattuale a una procedura di completa-

(58) A. Frignani, *La Hardship clause nei contratti internazionali*, Milano, 1979, pp. 695-696.
(59) F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 218.
(60) Lo rileva P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 427.
(61) E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 23.
(62) F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 312-313.
(63) P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 367.

mento (quale che sia), possa dirsi sufficiente a soddisfare il requisito di determinabilità dell'oggetto. L'incompletezza incide poi e anche sull'efficacia del contratto: il contratto con contenuto incompleto, in linea di principio, sarà inefficace solo nelle parti incomplete, ma non si può escludere che sia del tutto inefficace, qualora le parti incomplete riguardino gli elementi essenziali del contratto. Quanto, invece, al contratto che solo successivamente sarà lacunoso, per intervento di modifiche delle condizioni iniziali, questo è un contratto che prima è stato completo, e si è perfezionato come tale, e poi è divenuto incompleto e inefficace, tale da dover essere ri-determinato.

Infine, esiste un'altra tipologia di clausola, detta di *force majeure*, con la quale si stabilisce che, al verificarsi di taluni avvenimenti incidenti sulla possibilità di adempiere gli obblighi assunti, il contratto andrà incontro a risoluzione o sospensione. Si tratta di clausole che escludono ogni possibilità di continuazione del contratto e, pertanto, non rientrano propriamente nelle tecniche di ri-determinazione del contratto incompleto.

3. Inadeguatezza dello *Smart Contract*

Le tecniche di ri-determinazione del contratto incompleto sono tipiche all'interno di Processi Aziendali Inter-Organizzativi ("XBP"). L'interesse delle imprese per la digitalizzazione e l'automazione di questi processi non rappresenta certo una novità (64), in particolare così come insiti in un rapporto patrimoniale di tipo commerciale tra due o più attori contrattuali di lunga durata (65).

Ciò che è frutto della presente indagine, è la necessità di superare quelli che risultano essere i principali limiti organizzativi e tecnologici che si riscontrano ogni qual volta questi strumenti contrattuali ripetuti nel tempo vengano ad essere impiegati, primo tra tutti il bisogno di essere ri-negoziati e la loro sostanziale e attuale incapacità di gestire quelle situazioni, sempre più numerose, che ne richiedono la ri-negoziazione anche nell'ambiente digitale, e quindi l'applicabilità e l'adeguatezza delle tecniche di *adaptation* e *renegotiation* laddove ci siano situazioni di incompletezza contrattuale che bloccano la naturale esecuzione del rapporto patrimoniale tra due o più attori (66).

---

(64) Il Processo Aziendale Inter-Organizzativo, definito in inglese *Exogenous Business Process (XBP)*, rappresenta un processo che si basa su un rapporto di cooperazione stabile definito dalle regole di una rete composta da due o più organizzazioni che hanno lo scopo di perseguire un obiettivo comune. V., sul punto, M. Dalla Preda, M. Gambini, S. Migliorini, V. Paternolli, F. Zerbato, *Modeling Incomplete Procedural Contracts with Blockchain-based Enforceable Business Process*, (in fase di pubblicazione) in *ACM, Transactions on Management Information Systems*.

(65) V., sul punto, S. Migliorini, M. Gambini, C. Combi, M. La Rosa, *The Rise of Enforceable Business Process from the Ashes of Blockchain-based Smart Contracts*, Lecture Notes in Business Information Processing, vol. 352, Speigner, 2019.

(66) Questi processi sono stabili e ripetitivi nel tempo coinvolgendo entità economiche tra loro indipendenti, che collaborano e cooperano per raggiungere uno scopo economico, finanziario e contrattuale comune. Tali processi sono definiti anche "esogeni", perché non strettamente dipendenti

Il contratto, in quanto negozio giuridico, definisce le modalità di funzionamento di ogni processo aziendale inter-organizzativo, determinando la struttura e la natura delle relazioni tra i vari soggetti interessati, a partire dagli attori coinvolti nella stipula dell'atto stesso. Pertanto, la fattispecie contrattuale, e nello specifico il rapporto che intercorre tra oggetto e contenuto, rappresenta anche il perimetro con cui i rapporti dovrebbero essere configurati dal punto di vista tecnico e ne stabilisce le specifiche del funzionamento (XBP *specifications*).

Un XBP ha un carattere operativo, ma anche incompleto e rinegoziabile alla stregua del corrispondente contratto così come fino ad ora esaminato. La fattispecie può essere eseguita su macchine e da programmi, e successivamente essere estesa con indicazioni di operatività che rispondono alle possibili nuove esigenze determinatesi, coerentemente con gli intenti originali delle parti ed entro il limite del contratto che regolamenta il processo.

Nella prassi operativa, la specifica di funzionamento di un processo aziendale può essere implementata a livello empirico e tecnologico in diversi modi, così ad esempio attraverso l'annotazione grafica *standard Business Process Model and Notation* ("BMPN") (67), eseguita attraverso uno specifico software che opera in una Blockchain, volta a rendere possibile la visualizzazione logica, il monitoraggio e la gestione di un processo. In questo caso, alla luce di quanto analizzato nel presente lavoro, l'utilizzo dello *Smart Contract*, in qualità di programma per elaboratore, risulterebbe non adeguata.

Così come inteso da Szabo, uno *Smart Contract* consiste in una transazione informatizzata che formalizza e fissa in una rete informatica un rapporto tra due o più parti (68). Dunque, attraverso un'analogia che mira a collegare l'approccio computazionale a quello giuridico, può essere inteso nell'ambito del diritto come un accordo a cui viene data effettività in modo automatico e senza che vi sia l'intervento da parte di un intermediario terzo e imparziale, analogamente ad un istituto finanziario, di modo che al verificarsi di determinate condizioni – elementi in input – corrisponda un determinato risultato – output. In sintesi, uno *Smart Contract* è un software che opera per garantire la certezza di un risultato in relazione ad un obiettivo prefissato tramite l'esecuzione del codice informatico (69).

---

da una delle imprese coinvolte, ma allo stesso tempo non possono essere nemmeno interamente demandati ad agenti esterni o al mercato.

(67) Il *Business Process Model and Notation*. Rappresenta uno standard globale per modellare le caratteristiche e gli elementi di un processo aziendale. Lo scopo è di creare un'efficace rappresentazione dei flussi di lavoro in modo standardizzato. V., sul punto, I. Weber, X. Xu, R. Riveret, G. Governatori, A. Ponomarev, J. Mendeling, *Untrusted Business Process Monitoring and Esecution Using Blockchain*, in *Proceedings of Business Process Managament (BPM)*, 2016, pp. 329-347.

(68) N. Szabo, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, in *Phonetic Science Amsterdam*, 1996.

(69) Nel mondo computazionale, il codice corrisponde al programma, ovvero a un software. Questo opera grazie ad un linguaggio stabilito dall'operatività di un algoritmo, che riflette la sovrapposizione di azioni di logica e di controllo stabiliti nell'ambiente esterno, quello umano.

La formulazione originaria dello *Smart Contract* attribuisce rilievo primario alla formalizzazione computazionale delle clausole contrattuali, orientata ad una concreta rappresentazione grazie ad una strutturata logica e promuovendo un'accessibilità attraverso un'interfaccia utente funzionale (70).

Ciò considerato, la caratteristica principale intorno a cui sono stati formulati gli *Smart Contract* è la loro automatica esecuzione: sono implementati su una macchina digitale e non vi è la necessità di alcuna attività di intermediazione per la loro esecuzione. Risulta così chiaro perché l'esecuzione di uno *Smart Contract* su *Blockchian*, o qualsiasi tecnologia a registro distribuito (71) sia particolarmente rilevante: mentre un contratto 'non intelligente', o tradizionale, si compone di vari momenti e interpretazioni personali, lo *Smart Contract* ha la facoltà di superare la volontà di adempimento delle parti, le quali non sono più chiamate nell'azione personale all'interno del processo di esecuzione del loro rapporto negoziale. Tuttavia, nel perseguire l'efficienza tramite l'automazione contrattuale, si rischia di comprometterne la tenuta complessiva, in quanto uno *Smart Contract*, così come implementato, non contempla un'alterazione dell'equilibrio sinallagmatico originario del contratto.

Nasce così la necessita di progettare una nuova architettura tecnologica, in grado di risolvere problemi che possono derivare dall'immodificabilità dei processi così formalizzati dal punto di vista contrattuale, e di garantire al contempo il mantenimento dell'equilibrio tra le parti anche in ipotesi di rinegoziazione.

4. Una nuova architettura: *Enforceable Business Process*

Le intese tra parti contrattuali che intendono porre in essere, tra loro, un rapporto stabile e ripetuto nel tempo a carattere inter-organizzativo potrebbero tuttavia beneficiare di ipotetiche nuove strutture di modelli, sempre basati su tecnologie DLT, senza essere da queste però imbrigliate in un marmoreo e difficilmente

(70) Tale impostazione mirerebbe a garantire che tutte le parti coinvolte, indipendentemente dal grado di alfabetizzazione digitale, possano decodificare la semantica del protocollo per supervisionarne l'esecuzione automatizzata. Al contrario, nella prassi, questo non risulta possibile in quanto le condizioni di trasparenza e leggibilità strutturale non sono comprese dai non esperti dei lavori. L'erroneo approccio è stato assunto anche dal legislatore nazionale, il quale attraverso la regolamentazione fuorviante del concetto di SC da parte dell'art. 8ter, comma 2, del Decreto Semplificazioni 135/2018, successivamente convertito in legge l'11 febbraio 2019 attraverso il decreto intitolato 'Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e la pubblica amministrazione'. La norma, per gli SC, oltre astabilire il requisito della forma scritta, creando sia un contrasto normativo che un fraintendimento dal punto di vista tecnico in relazione all'art. 1325 del Codice civile, presuppone la validazione del contenuto digitale da parte degli attori interessati, dimenticando, ancora una volta, che la maggior parte dei soggetti coinvolti non conoscono le regole computazionali che governano l'implementazione di uno SC. V. sul punto, V. Paternolli, *From Contract to Code: Translating Contractual Information into Smart Contracts*, in *Tecnologie Digitali e umana vulnerabilità: sfide per il diritto tra sostenibilità e mercato*, a cura di A. Diurni, S. Troiano, Roma, in fase di pubblicazione.
(71) In inglese definita *Distributed Ledger Technology* ("DLT").

modificabile meccanismo tecnico che non permetta loro una agevole rinegoziazione del rapporto originario, chiamate *Enforceable Business Process* ("EBP") (72).

Un EBP è inteso tecnologicamente come un archetipo di modello caratterizzato da cinque fasi principali, o stati (S1-S5), di cui tre ricorrenti e interne all'intesa (S1-S3), e due esterne ad essa (S4-S5) (73). Questo processo potrebbe contemplare e gestire l'incompletezza contrattuale, così come studiata dal punto di vista giuridico, e quindi implementare analoghe tecniche di *adaptation* e *renegotiation* nel processo computazionale del software.

Nella prima fase (S1), quella di negoziazione, le parti discutono un nuovo processo aziendale inter-organizzativo, o ne perfezionano uno esistente. Il processo di negoziazione termina quando le parti raggiungono un accordo sulla fattispecie del modello da implementare.

Successivamente, nella fase di esecuzione (S2), il modulo può essere reso operativo più e infinite volte dalle parti, ogni qualvolta vi sia la necessità che esso produca dei risultati, eseguendo le azioni e le misure formalizzate richieste del modello stipulato. In questi termini, l'esecuzione non è evidente, e non può essere definita. La stessa deve poter terminare su eccezione di parte.

Nella terza fase (S3), di valutazione, il risultato prodotto dall'esecuzione del modello viene discusso e analizzato dalle parti. Se una delle parti non è soddisfatta dei risultati ottenuti, o eccepisce la modifica del protocollo di modello, sarà avviata una discussione tra le parti, che conduce in caso di esito positivo alla ri-negoziazione del processo (S1). Pertanto, se non vi è un esito negativo, ovvero la decisione viene rimessa a terze parti esterne all'intesa, in questa sede possono essere implementate parallelamente clausole giuridiche di *adaptation* e *rinegotiation*.

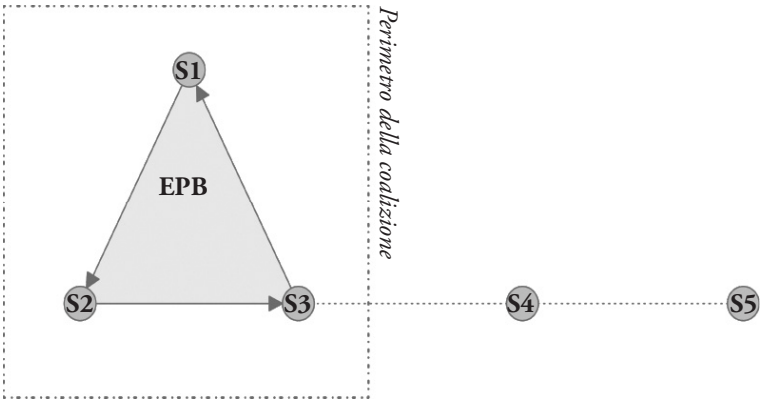

Fig. 1.1: Rappresentazione grafica del ciclo EBP

(72) V., sul punto, S. Migliorini; M. Gambini; C. Combi; M. La Rosa, *The Rise of Enforceable Business Process from the Ashes of Blockchain-based Smart Contracts*, cit., p. 11.
(73) V., sul punto, S. Migliorini; M. Gambini; C. Combi; M. La Rosa, *op. ult. cit.*, p. 12.

La figura dell'agente esterno rileva nelle ipotesi riconducibili alla quarta e quinta fase (S4, S5), ossia nei momenti in cui insorge una controversia o si rende necessario un arbitrato. In tali circostanze, le parti demandano la risoluzione della questione a un soggetto terzo – sia esso un arbitro o un giudice nell'ambito di un procedimento giurisdizionale.

Questo nuovo prototipo concettuale configura l'obiettivo di poter persistere a lungo nel tempo, senza essere sostituito o ricreato, anche attraverso processi di ri-negoziazione. La forza si basa anche sull'implementazione di diverse fasi di *enforcement*, non così costituite anche per gli *Smart Contract*, due delle quali implementabili direttamente in un sistema decentralizzato, come la Blockchain: *i)* l'*enforcement* automatico si riconosce nella fase esecutiva (S2), nel momento in cui il processo viene completato in una DLT; *ii)* l'*enforcement* autonomo si riconosce nella fase di valutazione (S3), quando una parte ha la possibilità di sollevare un'eccezione circa i risultati appena ottenuti dall'esecuzione automatica del processo. Per di più, nelle ulteriori fasi (S4) e (S5) vengono contemplate altre due forme. Inizialmente, in caso di conflitto, l'*enforcement* arbitrale, e in caso di fallimento, proseguendo con quello giudiziale (74).

La riflessione si cristallizza nella riconoscibilità di un sistema volto a rappresentare i rapporti giuridici patrimoniali, finalizzando l'accordo delle parti all'interno di un ecosistema digitale, in cui il codice stesso risulta idoneo a disciplinare il rapporto sorto nell'ambito analogico e ne contempli la concreta ri-negoziazione per superare i limiti della fattispecie contrattuale incompleta.

5. Conclusioni

Il coordinamento tra attori economici impone nuove sfide, giuridiche e tecnologiche, nella definizione e nell'attuazione dei processi aziendali, esigendo modelli contrattuali e infrastrutture digitali capaci di adattarsi a contesti operativi sempre più dinamici ed interconnessi.

Nello specifico, in letteratura, come si è analizzato, è stata introdotta la nozione di XBP per indicare un processo basato su un rapporto di cooperazione stabile e gestito da soggetti economici che operano nella medesima rete per il perseguimento di un obiettivo comune. Infatti, gli XBP nella realtà sono specificati anche per mezzo di procedure contrattuali potenzialmente incomplete che possono essere modellate e gestite dalla nuova architettura EBP.

Peraltro, nello stato attuale dell'arte, non si riscontrano ancora reali prove della applicazione di simili modelli EBP per gestire processi aziendali e rapporti contrattuali concreti. Appare comunque evidente e interessante notare come tali

(74) S. Migliorini; M. Gambini; C. Combi; M. La Rosa, *op. loc. ult. cit.*

modelli, se strutturati così come sono stati concepiti, permetterebbero di superare il limite invalicabile che fino ad oggi ha ostacolato la diffusione degli strumenti automatici di esecuzione in contesti prolungati nel tempo e soggetti a mutevolezza, ovverosia l'incapacità di fare fronte alle forme di incompletezza contrattuale.

Si conclude ribadendo l'incompatibilità dello *Smart Contract* tradizionale con i rapporti contrattuali complessi e di lunga durata, incompleti e mutabili. Questo ostacolo però è superabile, almeno in via teorica, grazie al nuovo stadio evolutivo dello SC, ovvero l'EBP, il quale fornendo non solo l'attività di negoziazione ed esecuzione, ma anche la possibilità di ri-negoziazione e permettendo una rappresentazione attraverso forme grafiche facilmente comprensibili dall'utente, potrebbe configurare a pieno titolo un nuovo *Smart Legal Contract*.

Il saggio affronta il tema dell'incompletezza contrattuale, tra le questioni più complesse e, al contempo, meno indagate nel contesto tecno-giuridico. Muovendo da un'analisi sistematica del rapporto tra oggetto e contenuto contrattuale, e delle loro implicazioni sul piano della qualificazione giuridica, si mette in luce l'inadeguatezza strutturale dello Smart Contract *nel rappresentare digitalmente processi aziendali inter-organizzativi fondati su rapporti obbligatori di lungo periodo. In chiave sperimentale, si propone l'adozione di una nuova architettura tecnica – l'*Enforceable Business Process *– che, grazie alla possibilità di integrare meccanismi di rinegoziazione e a una rappresentazione visuale intellegibile anche per utenti non esperti, si configura come una declinazione evoluta e giuridicamente rilevante dello* Smart Legal Contract.

The essay addresses the issue of contractual incompleteness, one of the most complex yet underexplored topics in the techno-legal landscape. Starting with a systematic analysis of the relationship between the object and the content of the contract, and their legal implications, the work highlights the structural inadequacy of Smart Contracts in digitally representing inter-organizational business processes based on long-term contractual relationships. On an experimental level, it proposes the adoption of a new technological architecture – the Enforceable Business Process – which, by enabling renegotiation mechanisms and offering a visual representation intelligible even to non-expert users, may be regarded as an advanced and legally significant implementation of the Smart Legal Contract.

Teresa Pasquino
(Professore ordinario nell'Università di Trento)

L'intelligenza artificiale tra persona e mercato*

Sommario: 1. Dati, persona e mercato alla prova dell'IA. - **2.** I dati personali e l'IA: luci ed ombre. - **3.** La protezione della persona digitale tra identità e privacy.

1. Dati, persona e mercato alla prova dell'IA

Come ormai da diverso tempo paventato (1), la creazione di un consistente apparato normativo in materia di IA ha definitivamente legittimato un vero e proprio "mercato dei dati *non* personali".

La *ratio* di questo imponente intervento ad opera del legislatore europeo è palese ed è rinvenibile nel Considerando 119 del Regolamento europeo (UE) 2023/2854 (c.d. *Data Act*) (2), ove è espressamente riconosciuto essere quella di "*garantire l'equità nella ripartizione del valore dei dati tra gli attori dell'economia dei dati e promuovere un accesso e un utilizzo equi dei dati al fine di contribuire all'istituzione di un vero mercato interno dei dati*"; tanto non solo perché, ormai, tali dati hanno una vera e propria valorizzazione di tipo economico ma anche perché, potendo essere utilizzati per più servizi e per usi diversi, si reputano rispondenti anche ai canoni di sostenibilità e competitività, i quali canoni aumentano il valore delle imprese che se ne servono.

Acclarato che sarà, ormai, necessario contemplare anche un segmento di mercato avente ad oggetto tali dati – in linea di principio *non* personali – molto più pertinente, e anche urgente, è la questione, anch'essa già posta in dottrina (3),

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) V. V. Ricciuto, *L'equivoco della* privacy, Napoli, 2022.
(2) In G.U. L 22 dicembre 2023, n. 2854.
(3) V. Ricciuto, *Economia e mercato dei dati. Note a margine del c.d.* Data Act, in *Accademia. Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani*, 2024, pp. 477 e ss., il quale rileva, invece, «profili di disciplina che vanno in tutt'altra direzione», del tutto sottratti all'area di azione delle norme del diritto privato (p. 478). A tal riguardo, l'Autore conclude, infatti, nei seguenti termini: «L'interprete italiano

della necessità di «[…] un mercato trasparente, equilibrato, secondo le logiche del buon funzionamento dello scambio di ogni ricchezza, che promuova la creazione di valore fondata sui dati da parte delle imprese dell'Unione».

Ad una tale presa d'atto, peraltro, non sembra essere di conforto per l'interprete l'esplicito rinvio alla regolamentazione di questo tipo di mercato secondo le norme del diritto privato, ritenute «[…] fondamentali nel quadro generale della condivisione dei dati» (Considerando 5); una previsione, questa, considerata una mera petizione di principio, in ragione del fatto che il *Data Act* si propone in tutto il suo contenuto regolatorio come disciplina inderogabile; tanto dal momento in cui si instaura il rapporto di fornitura di servizio e della contestuale condivisione dei dati, al momento in cui si producono i suoi effetti, contemplandosi in esso anche le forme di responsabilità per il caso di violazione delle regole.

Solo qualche anno prima, la Commissione UE aveva, per la verità, provveduto a preservare i dati personali nell'attività di circolazione e nel trattamento da parte di terzi, producendo un corposo apparato di norme, dalla ricaduta applicativa immediata e diretta, volte a garantire ogni forma di tutela proprio dei dati personali (4); diversamente, allo stato attuale, la stessa Commissione ritiene utile ed opportuno sfruttare i cc.dd. dati non personali e la loro circolazione. Infatti, considerato il progresso tecnologico relativo alle modalità di conservazione e trattamento dei dati medesimi, l'attività di circolazione degli stessi, ad avviso della Commissione, non potrà che rappresentare una potenziale fonte di crescita e di innovazione che sarà bene sfruttare.

Allo stato, dunque, se ci si sofferma sul modo con cui sulla rete si creano e si rilasciano i dati, non si potrebbe fare a meno di osservare come, utilizzando un qualsiasi servizio tecnologico, già per garantire l'accesso, il fornitore di detto servizio richieda subito di poter acquisire i dati dell'utente. Non appena l'utente, effettuato l'accesso, continuerà ad adoperare quel servizio, il fornitore risulterà, altresì, autorizzato a recepire e trattenere i dati che l'utente medesimo rilascerà man mano che usa il sistema tecnologico, fornendo, a sua volta, informazioni e segnali relativi alle sue preferenze, alle sue scelte, alle sue curiosità e a quant'altro di ameno o utile l'utente possa rinvenire nel contesto del servizio tecnologico richiesto.

Nella vicenda circolatoria, è, dunque, possibile individuare, da un lato, l'utente che – seppure su base consensuale – consapevolmente o inconsapevolmente ha

---

(come quello dei singoli Paesi europei) se ne faccia una ragione: la ricerca dell'equità contrattuale – a cui ci siamo dedicati chi più chi meno, a volte con più passione della ricerca dell'araba fenice – è, nell'economia dei dati e dell'economia digitale, compito ed affare della disciplina europea e dei suoi giudici, operazione tutta e solo rimessa a quelle sedi perché è solo in quell'ambito che trova le proprie fonti di interpretazione e sistemazione». Testualmente p. 478.

(4) Si tratta, com'è noto, del reg. UE 27 aprile 2016, n. 679, noto come GDPR (*General Data Protection Regulation)*, approvato con reg. 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e applicabile ormai dal 25 maggio 2018, in G.U. L 4 maggio 2016, n. 119.

rilasciato e creato il dato attraverso l'uso della tecnologia; dall'altro lato, il fornitore del servizio, detentore del dato, che, a seguito del rilascio da parte dell'utente, ne è divenuto titolare, secondo le definizioni rinvenibili nell'art. 2, n. 12 e 13 del *Data Act* (5); in esso è espressamente previsto, infatti, che è «utente: una persona fisica o giuridica che possiede un prodotto connesso o a cui sono stati trasferiti contrattualmente diritti temporanei di utilizzo di tale prodotto connesso o che riceve un servizio correlato»; «titolare dei dati»: una persona fisica o giuridica che ha il diritto o l'obbligo, conformemente al presente regolamento, al diritto applicabile dell'Unione o alla legislazione nazionale adottata conformemente al diritto dell'Unione, di utilizzare e mettere a disposizione dati, compresi, se concordato contrattualmente, dati del prodotto o di un servizio correlato che ha reperito o generato nel corso della fornitura di un servizio correlato» (n. 13).

Occorre, dunque, prendere atto del fatto che il quadro normativo ora vigente ha dato luogo ad un "mercato dei dati non personali" il cui ordine giuridico (6) appare, ormai, più che riconosciuto ed affermato da un apparato di regole immediatamente precettive i cui destinatari costituiscono proprio i principali protagonisti dello stesso. Consumatori e imprese del settore rappresenterebbero, infatti, i beneficiari del sistema di allocazione delle risorse offerte dai dati, in tal modo evitando che si creino squilibri economici e sociali nella gestione dell'economia digitale ed aumentando la competitività e l'innovazione tendenzialmente verso la crescita di un'economia sostenibile (7); tanto si ritiene in considerazione del fatto che, già nel 2020, l'Unione Europea, nella Comunicazione "*Una strategia europea per i dati*", aveva riconosciuto esplicitamente che, garantendo adeguatamente una circolazione protetta dei dati personali, occorresse prendere atto di un «volume crescente di dati industriali non personali e di dati pubblici in Europa», il quale,

(5) Reg. UE 13 dicembre 2023, n. 2854, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il reg. 2017/2394/UE e la dir. 2020/1828/UE (Regolamento sui dati), in G.U.U.E. del 22 dicembre 2023, IT Serie L.

(6) Tanto per evocare il felice titolo dato da N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2009, dove l'illustre Maestro ha sostenuto la tesi secondo la quale «l'economia di mercato, al pari di altri assetti (collettivistico, misto ecc.) è "*locus artificialis*", e non "*locus naturalis*", che codesta artificialità deriva da una tecnica del diritto, la quale, in dipendenza di decisioni politiche, conferisce "forma" all'economia, e la fa, di tempo in tempo, mercantile o collettivistica o mista, e via seguitando; che quelle decisioni politiche sono di per sé mutevoli, sicché i vari regimi dell'economia vengono segnati dalla storicità, e nessuno può dirsi assoluto e definitivo».

(7) L'intento è palesemente dichiarato nel Considerando n. 5 del *Data Act,* ove si legge: «Il presente regolamento garantisce che gli utenti di un prodotto connesso o di un servizio correlato nell'Unione possano accedere tempestivamente ai dati generati dall'uso di tale prodotto connesso o servizio correlato e che tali utenti possano utilizzare i dati, anche condividendoli con terzi di loro scelta. Esso impone ai titolari dei dati l'obbligo di mettere i dati a disposizione degli utenti e dei terzi scelti dagli utenti in determinate circostanze. Garantisce inoltre che i titolari dei dati mettano i dati a disposizione dei destinatari dei dati nell'Unione a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatori e in modo trasparente».

«unito ai cambiamenti tecnologici riguardanti le modalità di conservazione ed elaborazione dei dati, costituirà una potenziale fonte di crescita e innovazione che è opportuno sfruttare»; con il preciso intento, dunque, che l'obiettivo principale dovesse essere, appunto, quello di rendere accessibili e fruibili i dati a chiunque.

In ordine alla modalità con cui dovrebbero realizzarsi le vicende circolatorie dei dati, la dottrina (8), che già da decenni segue il fenomeno, ha individuato due modelli cui potersi rifare; i quali modelli hanno come tipo negoziale, il primo, un rapporto diretto tra fornitore del servizio richiesto dall'utente, e l'utente medesimo, che fornisce e crea il dato di cui il fornitore del servizio diviene, poi, titolare. Detto rapporto «si arricchirà *ex lege* degli obblighi in capo al titolare del dato di *condividere* con l'utente i dati generati (art. 3, *Data Act*)». Un secondo tipo di rapporto circolatorio, più articolato e complesso, sarà quello che si instaura tra il titolare dei dati e un soggetto terzo che, pur rimasto estraneo alla vicenda circolatoria, sia interessato ad entrarne in possesso; fattispecie, questa, nella quale è l'utente interessato che richiede al titolare dei dati di poterne usufruire o disporre, sicché il titolare, stante il disposto di cui all'art. 5 del *Data Act*, potrà acconsentire, mettendo «a disposizione di terzi i dati prontamente disponibili, nonché i pertinenti metadati necessari a interpretare e utilizzare tali dati».

Ipotesi residuale potrà essere, altresì, costituita dal caso in cui sia una norma *ad hoc* a prevederne la circolazione, secondo quanto previsto negli artt. 8 e 12 del *Data Act*, laddove sarebbe la stessa norma a delineare l'ambito di applicazione, il contenuto del rapporto contrattuale, le forme di responsabilità operanti per il caso di violazione di regole di comportamento e quant'altro la stessa norma ritenesse di richiedere per la validità del rapporto medesimo.

---

(8) V. Ricciuto, *Economia e mercato dei dati. Note a margine del c.d.* Data Act, *cit.*, p. 479. Per rimanere alla dottrina più recente sullo specifico argomento, senza pretesa di completezza data l'ampiezza dei contributi presenti in letteratura, Cfr.: numerosi autorevoli contributi in AA.VV., *Trattato Le piattaforme digitali e-Agorà*, a cura di R. Bocchini, Torino, 2025; A. Morace Pinelli, *Dalla* Data Protection *alla* Data Governance: *il Regolamento (UE) 2022/868*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, pp. 488 e ss.; S. Orlando, *Sulla necessità di un controllo di liceità sostanziale per tutte le basi del trattamento dei dati personali*, in *Persona e mercato*, 2024, 3, pp. 815 e ss.; G. Pignataro, *Circolazione dei dati tra modelli proprietari e contrattuali*, in *MediaLaws,* 2024, pp. 1 e ss.; F.G. Viterbo, *Oltre il valore economico dei dati personali, tra autonomia negoziale e gestione aziendale*, in *Annali SISDIC*, 2023, p. 316; A. Gentili*, La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, 3, pp. 701 e ss.; P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 1061 e ss.; G. D'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziazione*, in *Dir. informazione e informatica*, 2020, pp. 636 e ss.; C. Irti, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021; F. Bravo, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, pp. 34 e ss.; *Id.*, *La compravendita di dati personali?,* in *Diritto di Internet*, 2020, II, pp. 521 e ss.; G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, pp. 411 e ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra* privacy *e contratto*, Napoli, 2017.

Mentre nel primo caso la circolazione dei dati potrà essere contenuta in un patto o in una clausola del rapporto contrattuale di vendita, locazione, licenza d'uso che l'utente del servizio tecnologico ha instaurato con il fornitore, seppure nel rispetto di quanto stabilito nel *Data Act* (v. art. 4), diversa è, invece, la vicenda circolatoria ad opera del titolare del dato verso il terzo richiedente, nella quale sembra operante un *invito legale di contrarre,* desumibile *ex* art. 1, n. 10 del *Data Act* : «Il presente regolamento non preclude la conclusione di contratti di condivisione dei dati volontari e legittimi, ivi compresi contratti conclusi su base reciproca, che siano conformi ai requisiti di cui al presente regolamento»; dal che si desume «che, letto specularmente, significa che le ipotesi di cui il regolamento si occupa sono quelle di contratti "non volontari" con i quali i dati vengono fatti circolare» (9).

Tale impostazione regolatoria ben si conforma al modello di mercato cui si è dato questo ordine giuridico, secondo una tendenza alla creazione di mercati regolati e di rapporti contrattuali dai contenuti imposti, spiccatamente propria del diritto speciale prodotto in queste materie.

2. I dati personali e l'intelligenza artificiale: luci ed ombre

Com'è a tutti noto, i dati, personali e non, costituiscono oggi il contenuto essenziale ed imprescindibile per la realtà digitale in cui è, ormai, immersa la maggior parte dell'attività umana. È altrettanto noto come, per creare e sviluppare sistemi di intelligenza artificiale, siano necessari enormi volumi di dati (i cc.dd. *Big Data*) (10) – che verranno poi trattati da algoritmi – per fornire agli utenti le risposte ed i risultati da essi richiesti; per rendere i quali, peraltro, il meto-

(9) Così, testualmente, V. Ricciuto, *Economia e mercato dei dati. Note a margine del c.d*. Data Act, *cit*., p. 480 cui si rinvia anche per altre considerazioni in ordine alle altre vicende tipiche dei rapporti contrattuali in cui il fenomeno è stato inquadrato. Sul tema, P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., pp. 1054 e ss.

(10) Locuzione per il cui significato si suole riproporre l'indicazione delle tre "V": Volume, Velocità; Varietà. La letteratura in argomento comincia ad essere piuttosto consistente. Cfr.: G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi*, 2020, XVI, p. 268; G. Cerrina Feroni, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali: percorsi di analisi*, in *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, a cura di G. Cerrina Feroni, C. Fontana, e E.C. Raffiotta, Bologna, 2022, pp. 26 e ss.; M.G. Peluso, *Intelligenza artificiale e tutela dei dati*, Milano, 2023; R. Ruoppo, *Il regolamento UE in materia di Intelligenza Artificiale, (c.d. AI Act): un quadro normativo uniforme per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, III, pp. 995 e ss.; G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole,* Bologna, 2024; G. Alpa, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?,* in *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, a cura di P.G. Monateri, Torino, 2024; A. Gentili, *Regole per l'intelligenza artificiale*, in *Contr. impr.*, 2024, IV, pp. 1043 e ss.; Aa.Vv., *Trattato - Le piattaforme digitali e-Agorà*, cit., ove numerosi contributi autorevoli e bibliografia aggiornata con la giurisprudenza.

do dell'intelligenza artificiale non è quello fondato sulle argomentazioni logico-deduttive – come nel ragionamento umano – quanto piuttosto quello basato su algoritmi e reti neuronali artificiali in grado di trattare i dati disponibili basandosi solo su inferenze e metodologie probabilistiche piuttosto eterogenee, come tali anche di difficile comprensione circa le ragioni delle risposte medesime (11). Allo stesso tempo, l'Intelligenza artificiale ha dimostrato di poter essere utilmente impiegata in diverse forme di espressione dell'attività umana, con efficienza, tempestività, precisione analitica ed altre abilità rivelatesi particolarmente utili per chi se ne serve.

Si tratta, dunque, di verificare quanto il rischio di affidarsi al funzionamento degli algoritmi nel trattamento dei dati possa e debba bilanciarsi con l'efficienza e l'utilità di una tecnologia a supporto delle attività umane, capace di creare sviluppo ed evoluzione, ma anche disuguaglianza e discriminazione, ove tale bilanciamento non venisse operato.

Ed invero, molte sono le potenziali insidie che si creano quando nella realtà digitale cominciano a circolare i dati, quand'anche su base consensuale, non sembrando decisivo il fatto che essi abbiano o no la qualifica di "personali". Essi, infatti, vengono messi alla mercè degli algoritmi ai quali viene affidata la loro elaborazione che, come si diceva, avviene secondo il metodo probabilistico; la loro analisi è, infatti, compiuta sulla base di un processo di approssimazione fortemente caratterizzato dal rischio di pervenire, in caso di dati scorretti o inseriti in modo da non poter essere esattamente utilizzati, a conclusioni deterministiche imprecise e potenzialmente dannose. Gli stessi algoritmi, inoltre, utilizzano i dati anche per apprendere e per creare correlazioni, sicché, per evitare danni e pregiudizi, diventa imprescindibile avere a disposizione quantità di dati di qualità elevata, che siano inseriti in modo accurato e privo di errori e con la garanzia che la macchina sia in grado di interpretarli e di utilizzarli correttamente (12).

---

(11) Cfr. sul punto F. Faini, Data Society. *Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019; F. La Gioia, G. Sartor, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *federalismi.it*, 2020, n. 11, pp. 88 e ss.; F. Faini, *Intelligenza artificiale e regolazione giuridica: il ruolo del diritto nel rapporto tra uomo e macchina*, in *federalismi.it*, 2023, n. 2, pp. 1 e ss., la quale rileva al riguardo «Ciò deriva da una sorta di congenita opacità che caratterizza gli algoritmi, che si declinai un'opacità strutturale, derivante dal funzionamento degli stessi e dal fatto che resta non comprensibile persino ai programmatori l'iter logico seguito dalla macchina per giungere al risultato partendo dai dati a disposizione, cui si sommano un'opacità linguistica, dal momento che il linguaggio è informatico e non è quello naturale delle norme giuridiche, e una possibile opacità giuridica, nel caso in cui gli algoritmi e le soluzioni di intelligenza artificiale siano oggetto di diritti di proprietà intellettuale o industriale riconosciuti agli ideatori» (p. 5). Sul modo con cui una IA debba essere addestrata per diventare utile ed operativa, v. A. Amoroso, *Relazione tra l'intelligenza artificiale e i suoi dati*, in *Dir. informazione e informatica*, 2024, 3, pp. 361 e ss.

(12) Rileva, al riguardo, F. Faini, *Intelligenza artificiale e regolazione giuridica: il ruolo del diritto nel rapporto tra uomo e macchina*, cit., p. 7 «In merito alla possibilità di errori e *bias*, è paradigmatico

Diviene indispensabile, dunque, creare regole e principi giuridici, ormai da più parti propugnati da molto tempo, capaci di governare il fenomeno affinché vengano assicurati i diritti fondamentali delle persone, la loro dignità e lo sviluppo della personalità e garantito il principio di uguaglianza e di non discriminazione. Di fronte all'intelligenza artificiale, nella quale gli algoritmi operano sia in fase di raccolta ed accumulo indifferenziato dei dati sia in fase di lavorazione ed aggregazione delle informazioni, gli ordinamenti giuridici si sono trovati, infatti, dinanzi ad una sfida piuttosto complessa, essendosi palesata la necessità di adottare regole con cui "governare" gli algoritmi e le macchine che si servono di essi e, contemporaneamente, l'esigenza di individuare una base di norme comuni capaci di salvaguardare il pluralismo tipico delle persone che ne fanno uso.

A rendere ancora più complessa la tematica delle interrelazioni tra il governo dei dati e l'intelligenza artificiale è, altresì, la sua peculiare connotazione, consistente nella sua accertata attitudine ad essere autonoma non soltanto in fase puramente operativa o sotto l'aspetto meramente tecnologico, ma anche in tutte quelle situazioni in cui è la stessa intelligenza artificiale che ha la capacità di assumere deliberatamente le decisioni (c.d. IA generativa). La questione si pone in tutti quei casi in cui la tecnologia che la caratterizza diventa essa stessa capace di decidere in assoluta autonomia, senza l'intervento ed il controllo dell'uomo; è in tali circostanze, infatti, che la decisione algoritmica potrebbe incidere maggiormente in pregiudizio delle fondamentali prerogative inerenti alla sfera della persona umana.

Nonostante si sia dovuto tener fede, da un lato, alla necessità di incoraggiare lo sviluppo della c.d. *Data economy* attraverso la regolazione ed il trattamento dei dati, dall'altro, all'affermazione sul mercato della cd patrimonializzazione dei dati (13), sostanzialmente usati - più o meno consapevolmente – come merce di scambio per la fruizione di servizi della società dell'informazione, tuttavia, è rimasto sempre sullo sfondo il tema della potenziale violazione delle principali prerogative a tutela della persona, la quale, proprio in considerazione dell'esponenziale attività di rilascio e di concessione dei propri dati nonché della particolare attitudine del sistema di raccolta e conservazione dei cc.dd. *Big Data* – peraltro, in crescente

---

il caso negli Stati Uniti che ha riguardato Eric Loomis, in cui è emerso che il software di algoritmi predittivi Compas, utilizzato per valutare il rischio di recidiva e pericolosità sociale degli individui, sovrastimava alcuni fattori quali l'appartenenza ad un certo gruppo etnico, finendo in tal modo per poter incorrere in discriminazioni. In relazione alla presenza di *bias* discriminatori, rileva altresì il caso analogo dell'applicazione SyRi (*System Risk Indication*), impiegata dall'amministrazione olandese dal 2014 per la valutazione dell'attitudine a commettere frodi da parte dei cittadini, poi sospesa nel 2020 da parte del Tribunale distrettuale dell'Aia a causa delle problematiche che la connotavano». In argomento, v. anche A.C. Amato Mangiameli, *Intelligenza artificiale, big data e nuovi diritti*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 1, pp. 96 e ss.

(13) Secondo la definizione data al fenomeno da V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno,* in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, pp. 23 e ss.

aumento – si trova fortemente esposta in tutta l'ampiezza della sua sfera giuridica personale.

Della particolare gravità attuale del problema ci si è resi conto dopo il famigerato caso *Data Gate* che nel 2013 ha attratto l'attenzione di molti commentatori avendo avuto ad oggetto l'uso di un programma di controllo elettronico di massa statunitense che, in pieno vigore delle norme a tutela della *privacy*, aveva violato contenuti di dati e metadati di cittadini americani ed europei in nome di ragioni di sicurezza nazionale (14). La questione posta dal caso menzionato ha determinato un effetto acceleratore all'interno degli organi legislativi dell'UE i quali si adoperarono per mettere a punto e completare l'attività regolatoria più adeguata ai rischi già immanenti nel sistema dando vita, tra l'altro, al Regolamento (UE) 679/2016 (15): primo apparato di norme che, con i successivi e più recenti Regolamenti (UE) 2023/2854 (riguardante *Norme sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo,* noto come *Data Act*) e (UE) 2024/1689 (che ha stabilito *regole armonizzare sull'intelligenza artificiale*, noto come *IA Act),* ha costituito il Giano bifronte dell'attuale disciplina.

In quel contesto, con riguardo all'uso dell'IA, in sede europea, si è voluto espressamente dichiarare l'intento di voler «promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione» per meglio perseguire e «migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione» (Considerando n. 1, *Data Act*).

Uno dei campi di elezione in cui perseguire la funzione "antropocentrica dell'IA" è proprio quello della tutela dei dati personali, con riguardo alla quale lo stesso Regolamento sull'IA richiama espressamente in molteplici luoghi il Regola-

(14) Cfr. sul caso, *ex multis*, G. Resta, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *Dir. informazione e informatica*., 2015, pp. 697 e ss.; C. Comella, *Alcune considerazioni sugli aspetti tecnologici della sorveglianza di massa, a margine della sentenza Safe Harbor della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, *ivi*, pp. 719 e ss.

(15) Si tratta del Regolamento UE che, com'è noto, ha concluso un lungo e articolato percorso normativo, a partire dalla direttiva 95/46/CE, ed ha disciplinato una tutela organica della *privacy* e di altri profili della personalità nell'era delle nuove tecnologie della comunicazione; a completamento di questa normativa è, altresì, intervenuto il Regolamento 2024/1689/UE del 21 maggio 2024 in vigore dal ventesimo giorno dalla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, il quale sarà direttamente applicabile dal 2 agosto 2026.

mento 679/2016. È proprio su questo piano che si incrociano, infatti, gli interessi perseguiti dai due corpi normativi menzionati, dovendosi coniugare, da un lato, il diritto della persona alla tutela dei suoi dati; dall'altro, quello degli operatori di mercato, interessati ad usare e disporre degli stessi per amplificare e rendere sempre più efficaci le potenzialità dell'IA. Di fronte a questa forma di bilanciamento di interessi, il compito dell'interprete non è affatto agevole, considerata la peculiarità del modo con cui funzionano gli algoritmi, non sempre nota *a priori* o in grado di palesare *ab initio* le finalità del trattamento, soprattutto quando essi operino prescindendo dal controllo dell'uomo (16). Non sarà, dunque, semplice coniugare quanto richiesto ai fini del consenso al trattamento da parte degli utenti (17) – i quali devono essere messi nella condizione di conoscere l'algoritmo, il procedimento usato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione, tutte le «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento» *ex* art. 13, §2, *lett. f)* del Regolamento 679/2016 con le esigenze del mercato, essendo di fondamentale rilevanza per le persone essere edotte «del fatto di comunicare o interagire con un sistema di IA» (Considerando 27, *IA Act*), salvo «che ciò non risulti evidente dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo» (art. 50 *IA Act*). A tal proposito, sarebbe, altresì, necessario tenere conto del grado di "alfabetizzazione" in cui si trovano gli utenti nel momento in cui vengono a contatto con sistemi di profilazione e di sistemi decisionali automatizzati, nel qual caso, il Regolamento 679/2016 ha prescritto a carico del titolare l'obbligo di assicurare all'interessato le informazioni relative al trattamento «in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro» (art. 12, §1).

Il processo di digitalizzazione della società in forma pervasiva e coinvolgente larga parte delle attività umane pone con urgenza il tema della disumanizzazione del modo di pensarle, creare ed eseguirle, amplificando, altresì, l'area di protezione o della tutela debole delle prerogative della persona umana. Vero che a fare da contrappeso sono la speditezza, la semplificazione, l'utilità economica e la prevedibilità; ma è, altresì, vero che non sempre gli algoritmi che governano tali attività automatizzate poggiano su dati di addestramento esatti, corretti o veritieri, sicché i cc. dd. *output* del sistema possono generare *bias*, dando luogo a errori o a distorsioni delle risposte da fornire.

Si tratta, dunque, di verificare come un sistema così vulnerabile possa reggere a fronte dell'apparato normativo presente nel Regolamento 679/2016, soprattutto con riguardo alla tutela della *privacy* e della identità delle persone che ne vengano coinvolte.

(16) C. Colapietro, *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, in *Federalismi*, 2023, V, p. 151.

(17) In argomento, v. G. Proietti, *Algoritmi e interesse del titolare del trattamento nella circolazione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2022, III, p. 880.

3. La protezione della persona digitale tra *privacy* e identità

Com'è facile immaginare, il ricorso sempre più diffuso alle tecnologie cc.dd. *Data driven* – le quali implicano la possibilità che le decisioni vengano prese dagli algoritmi assumendo dati da *Dataset* non personali ovvero ricostruendo dati personali che erano stati magari resi anonimi – pone gravi problemi di tutela della riservatezza delle persone, con potenziale lesione della sfera dei dati personali, di quelli sensibili e di quelli caratterizzanti l'identità individuale di ciascuno che ne venisse coinvolto anche a sua insaputa. A protezione di tali giuste prerogative, non sembra possano considerarsi sufficienti i processi di anonimizzazione e di uso degli pseudonimi, i quali sarebbero vanificati proprio dalla capacità degli algoritmi di reidentificare i dati anche se resi anonimi; con la conseguenza che il titolare degli stessi finirebbe per essere privato del controllo e menomato nella sua sfera di autodeterminazione decisoria.

In simili circostanze, in caso di violazione della personalità, l'assetto normativo vigente (18) potrebbe sembrare inadeguato a fornire la giusta tutela; e, nonostante l'esistenza del Regolamento europeo 679/2016, la garanzia in esso concepita sotto forma di tutela della *privacy,* da sola, potrebbe non apparire sufficiente. Qui, infatti, è in giuoco il delicato problema della tutela della identità, che verrebbe ad intersecarsi con il tema della potenziale lesione di altro fondamentale diritto, quello della *Privacy*. Anche la privacy potrebbe, infatti, restare violata da un procedimento *artificiale* di elaborazione e trattamento di dati personali; un procedimento che facilmente potrebbe integrare gli estremi della profilazione qualora venisse ad esempio piegato ad «analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» (19).

---

(18) Compiutamente ricostruito da M. Tescaro, *Dall'identità personale all'identità digitale: profilazione dell'utente e nuove tutele*, in *Trattato - Le piattaforme digitali, e-Agorà*, a cura di R. Bocchini, cit., pp. 777 e ss., segnatamente a pp. 779 e ss. Nello stesso volume, v. anche M. Faccioli, *La responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali*, pp. 896 e ss., ove un inquadramento generale, rapportato alla fattispecie di responsabilità aquiliana.

(19) È quanto contemplato nel Considerando n. 71 del Regolamento 679/2016. L'esigenza di assicurare una forma di tutela, fondata sul dato normativo esistente per via analogica o di interpretazione estensiva del GDPR in materia di *privacy*, è stata da sempre indagata dalla dottrina ed ora avvertita anche dalla giurisprudenza in alcune occasioni come quelle affrontate dal Cons. Stato, sez. VI, nelle sent. 8 aprile 2019, n. 2270; 13 dicembre 2019, n. 8472 e 8474 nelle quali, pur riconoscendosi la possibilità di introdurre l'uso degli algoritmi nei rapporti tra la P.A. e i privati, si sono fissati i limiti di tale uso ricorrendo proprio all'applicazione concorrente della disciplina vigente in materia di *privacy*. Cfr., al riguardo, tra i più recenti, R. Montinaro, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, in *Persona e merc*ato, 2024, 3, pp. 847 e ss.; B. Parenzo, *La profilazione algoritmica nel prisma dell'autonomia privata*, Napoli, 2024, soprattutto pp. 197 e ss.

Questione, questa, di enorme importanza, stante il valore dei due diritti fondamentali in giuoco, per la cui soluzione già da tempo viene vagliata la possibilità di invocare il disposto di cui all'art. 22 del Regolamento europeo 679/2016, laddove si legge testualmente che «il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione» (*sub* §3) (20). Tuttavia, come tanti, ormai, hanno rilevato, anche questa minima forma di garanzia potrebbe essere del tutto neutralizzata dalla prestazione di un consenso, che diviene merce di scambio a fronte della gratuità del servizio, trasformandosi in una vera e propria abnegazione della tutela offerta dal sistema (21).

Invero, le utilità che l'intelligenza artificiale può offrire alle persone che ad essa ricorrono sono molteplici; è stato rilevato, infatti, che «le analisi compiute

(20) V., sulla delicatissima questione, tanto per riferirsi ai contributi più recenti, cfr. M. Tescaro, *Dall'identità personale all'identità digitale: profilazione dell'utente e nuove tutele*, cit., pp. 777 e ss.; R. Messinetti, *La* Privacy *e il controllo dell'identità algoritmica*, *Contr. impr./europa*, 2021, pp. 121 e ss., soprattutto da pp. 149 e ss.; S. Scagliarini, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica, ConsultaOnline*, 9 luglio 2012, pp. 489 ss., soprattutto da pp. 501 e ss.; F. D'Orazio, Il credit scoring *e l'art. 22 del GDPR al vaglio della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 2, pp. 410 e ss., ove interessanti considerazioni in ordine all'ampiezza dell'ambito operativo dell'art. 22 GDPR, con utili riferimenti comparatistici ad altri sistemi europei (soprattutto a pp. 412 e ss.). Esemplare, al riguardo, l'ordinanza del 22 settembre 2023, n. 27189 (in *Dirittifonamentali.it* dell'8 novembre 2023) con cui la Cassazione si è occupata del caso di una sanzione amministrativa per una ingente somma, comminata dal Garante privacy a carico di una impresa di *food delivery* per violazione dei dati personali dei Rider ed annullata dal giudice di merito per eccessiva sproporzione della somma disposta. La Suprema Corte ha ritenuto, invece, congruo il calcolo della somma con cui è stata sanzionata la Società, essendo il Garante chiamato a valutarla principalmente sulla base della effettiva gravità della violazione attuata.

(21) Anche per questi profili, il riferimento principale è al pensiero di S. Rodotà, *Relazione annuale del garante*, 1997, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, dove sosteneva chiaramente «Risulta altrettanto ingannevole, allora, l´argomento di chi, partendo dalla giusta premessa che oggi debba ritenersi attribuito a ciascuno un "diritto all´autodeterminazione informativa", sostiene poi che per la realizzazione di questo diritto sia sufficiente il gioco delle volontà in un mercato non irrigidito da regole. Tutto dovrebbe essere affidato alla scelta individuale, ciascuno dovrebbe poter scegliere la quota di privacy di cui intende godere. Ma questa impostazione, da una parte, non tiene conto dell´antico argomento delle disparità di potere negoziale, dell´esistenza di contraenti deboli, che la pura logica di mercato potrebbe esporre persino al sacrificio della dignità; e, dall´altra, ignora proprio il delicatissimo bilanciamento di interessi che la disciplina dei dati personali porta con sé e che non può essere affidato soltanto alle dinamiche di mercato, poiché sono in gioco valori come l'eguaglianza, il rispetto della dignità individuale e sociale, la libertà d'informazione, la libertà della ricerca. Sono proprio questi valori di libertà che hanno già indotto il Garante a valutare con giusta severità le richieste perentorie di disporre di qualsiasi dato da parte di chi pensa che vi siano finalità d'interesse generale che devono essere perseguite anche con il sacrificio dei diritti di ciascuno sui propri dati personali. Ma si può davvero ritenere che l'altezza dei fini giustifichi il ricorso a tutti i mezzi che un'innovazione tecnologica sempre più sofisticata mette a disposizione di chi vuol scrutare nelle pieghe dell'esistenza, seguire e registrare qualsiasi nostra traccia?».

sui dati da parte degli algoritmi di intelligenza artificiale permettono di estrarre conoscenza, che si traduce nell'interpretazione dei bisogni, nell'ottimizzazione dei processi, nella profilazione degli utenti, nel supporto alle decisioni, nella trasformazione dei servizi pubblici, nella migliore interazione tra governi e cittadini. Gli algoritmi mostrano anche una vera e propria capacità predittiva; ferme restando le connessioni false o apparenti, elevate correlazioni indicano alte probabilità, che permettono di fare previsioni sul futuro: gli algoritmi consentono di effettuare predizioni sugli andamenti di mercato, di indicare preventivamente l'usura di infrastrutture, di migliorare diagnosi e cure, di prevenire disastri, di proteggere la sicurezza pubblica e prevenire il compimento di reati, di prendere decisioni e, anche, di contribuire alla vittoria nelle elezioni politiche» (22).

Peraltro, com'è stato già più volte ribadito, ove i dati non vengano inseriti in modo da poter essere utilizzati dalla tecnologia alla stregua del canone della correttezza per essere interpretati in maniera veritiera ed esatta, tale processo di elaborazione, proprio per essere basato sulla probabilità e sull'approssimazione, appare potenzialmente in grado di generare risultati imprecisi o pregiudizievoli e persino discriminatori; di modo che si ritiene esattamente che, «[…] affinché la quantità dei dati si traduca in conoscenza e sia funzionale allo scopo, è necessario avvalersi di dati di qualità, tempestivi ed accurati, evitando errori, *bias* ed utilizzi impropri o manipolatori» (23).

Come per qualsiasi altra forma di attività, avente ricadute sulla sfera personale dell'individuo, anche – e soprattutto – quella affidata alla intelligenza artificiale deve essere improntata al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, ampiamente inteso nella sua dimensione nazionale e sovranazionale, primo fra tutti quello del rispetto della dignità, della trasparenza e della non discriminazione.

In considerazione della peculiarità dell'attività digitale, già a livello europeo, è stata ritenuta indispensabile una regolamentazione della materia in grado di assicurare non solo la qualità e la corretta gestione di dati e algoritmi, ma anche la sicurezza a livello tecnologico e organizzativo, tenendo conto del fatto che la raccolta, la gestione e l'elaborazione di queste grandi quantità di dati attribuisce,

(22) Così, testualmente, F. Faini, *La* governance *dell'intelligenza artificiale tra etica e diritto*, in *Politeia*, 2020, n. 5, p. 60.

(23) Così, F. Faini, *op. ult. cit.*, p. 61, la quale riporta i casi in cui gli algoritmi sono stati utilizzati per la prima volta nell'attività amministrativa, riguardante l'assegnazione della sede nei procedimenti di mobilità dei docenti nella scuola secondaria, ritenendo che «Proprio il rischio di errore in cui possono incorrere i sistemi di intelligenza artificiale ha portato alcune sentenze del TAR ad escludere, anche in casi complessi e ampi da gestire, la possibilità di demandare ad algoritmi l'intera attività amministrativa (nel caso di specie la procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico della scuola), soprattutto laddove l'utilizzo di algoritmi sfoci in provvedimenti capaci di incidere su posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati con correlate ricadute anche sulla pubblica amministrazione».

altresì, al detentore un enorme potere; un potere che si potrebbe esplicare non solo direttamente nella sfera personalissima di ciascun individuo che ha acconsentito, più o meno consapevolmente, a rilasciare i dati personali, ma anche come forma di controllo sociale e di monitoraggio delle tendenze e dei bisogni della collettività, adoperando così i dati prodotti e gestiti dalle soluzioni di intelligenza artificiale per fini diversi rispetto a quelli per i quali sono stati rilasciati.

Ciò rileva, in particolar modo, laddove una tale mole di dati venisse utilizzata per finalità discriminatorie, (come accaduto in ambito bancario, assicurativo) ovvero per fini illegali (a servizio della criminalità). Ove non correttamente gestita e regolamentata, tale attività si potrebbe rivelare, altresì, potenzialmente lesiva della libertà in ragione della potenziale asimmetria informativa e del potere che verrebbe a crearsi a tutto vantaggio dei detentori, pubblici e privati, dei dati e degli algoritmi che li trattano.

È questa la *ratio* della connotazione che si è voluta imprimere al Regolamento *IA Act* del 13 marzo 2024, laddove si è voluto dare una qualificazione esplicita dell'attività di IA nel senso che, per essere conforme ai principi fondamentali in materia di tutela persone, dev'essere improntata ad un uso *antropocentrico* (24), basato avendo riguardo ai diversi livelli di rischio che si corre in ordine alla tutela dei diritti delle persone. A tal fine, occorre, altresì, perseguire l'intento che l'autonomia, ormai ampiamente riconosciuta alla IA sotto forma di capacità di auto-apprendimento, sia subordinata ai fini delle persone, divenendo il principiò normativo cardine dello sviluppo di queste tecnologie (25).

Che questo sia stato ben chiarito anche da chi ha poi regolamentato la materia emerge indiscutibilmente dai documenti esplicativi della fase preparatoria della disciplina quando in seno alla Commissione europea venne elaborata la comunicazione del *Piano coordinato sull'intelligenza artificiale* del 7 dicembre 2018 e le *ethics guidelines for trustworthy ai*, a cura del Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, nominato dalla Commissione europea l'8 aprile 2019

(24) È ormai nota ed acquisita la ripartizione dell'attività di IA in tre tipologie di rischio: 1. rischio inaccettabile; 2. rischio alto; 3. rischio limitato; 4. rischio minimo.

(25) Rileva, al riguardo, M. Tengmark, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, trad. di V.B. Sala, Milano, p. 329: «*un'intelligenza delle macchine sempre più grande* può porre sfide sempre più serie alla garanzia che le macchine condividano i nostri fini. *Quanto più intelligenti e potenti* diventano le macchine, tanto più importante è che i loro fini siano allineati ai nostri. Finché costruiamo solo *macchine relativamente stupide*, la domanda non è se i fini umani alla fine prevarranno, ma semplicemente quanti guai queste macchine possono causare all'umanità prima che capiamo come *risolvere il problema dell'allineamento dei fini*. *Se verrà mai liberata una* superintelligenza, però, sarà vero il contrario: poiché l'intelligenza è l'abilità di raggiungere dei fini, un'IA superintelligente è per definizione *molto migliore nel realizzare i propri fini* di quanto lo siamo noi umani nel realizzare i nostri, perciò essa prevarrà. […] Un'IA superintelligente sarà estremamente brava nel realizzare i suoi fini, *e se quei fini non sono allineati ai nostri ci troveremo nei guai*».

(26). In esse sono contenuti i parametri con i quali valutare la rispondenza dell'IA alla tutela dei diritti e agli interessi della persona, i quali parametri consistono nel rispetto dell'autonomia umana; nella prevenzione dei danni; nell'equità; nella esplicabilità dei contenuti.

Nelle Linee guida etiche sono stati, altresì, individuati dei requisiti minimi essenziali per ritenere l'IA affidabile e conforme ad un uso consapevole e socialmente responsabile; tali requisiti consistono nell'intervento e nella sorveglianza umani; nella solidità tecnica e nella sicurezza dei sistemi tecnologici; nella riservatezza e nella capacità di *governance* dei dati; nella trasparenza, diversità, non discriminazione ed equità; nel benessere sociale ed ambientale; nell'*accountability*.

È chiara nell'impianto dei testi base e dei testi di riferimento una forte presenza del concetto di centralità della persona, attorno alla quale si articola il concetto di "rischio" fin dalla fase di mera progettazione di un sistema di IA; un modello in ordine al quale si guarda ancora una volta con particolare attenzione al modello offerto dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali così che si possa perseguire – appunto *ab initio* – anche il principio della sicurezza nella progettazione e nella gestione delle attività di IA in modo da assicurare una giusta previsione di responsabilizzazione dei soggetti che detengono tali attività ed un efficace sistema sanzionatorio.

Ma perché la centralità della persona sia davvero tale e non venga minata proprio sul presupposto fondamentale che la caratterizza, ossia sulla salvaguardia della sua autodeterminazione, è necessario che la persona venga adeguatamente edotta ed informata in merito ai procedimenti ed alle inferenze attraverso i quali la tecnologia di IA si insinua nella sua vita quotidiana; in caso diverso, la persona stessa potrebbe essere spesso resa vittima di un procedimento deterministico, a-causale, del quale non sia possibile rendersi conto – perché spesso non se ne rendono conto neppure gli stessi creatori degli algoritmi – neppure in ordine ai risultati conseguiti; il che implica incomprensione e, dunque, impossibilità di contestarli.

Emerge così, in tutta evidenza, l'importanza in questa materia di una decisa affermazione del principio della trasparenza; segnatamente, della trasparenza avente ad oggetto l'attività demandata agli algoritmi, potendosi pretendere di conoscere il funzionamento e la logica che consentono ad essi di operare in modo da prevedere e prevenire possibili conseguenze dannose sulla sfera personale dell'individuo sia in termini di ricadute di effetti conseguenti alla oscurità di potenziali *black box*, sia sotto forma di potenziale elaborazione dei dati in modo inappropriato e pregiudizievole per l'interessato. Un simile approccio consentirebbe, altresì, di evitare che si crei quella asimmetria informativa capace di generare anche discri-

(26) Su cui v. M. Zanichelli, *Ecosistemi, opacità, autonomia: le sfide dell'intelligenza artificiale in alcune proposte recenti della Commissione europea*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un 'mondo nuovo'*, a cura di A. D'Aloia, Milano, pp. 67 e ss.

minazione tra le parti coinvolte e tra gli stessi interessati più o meno edotti delle loro prerogative, mettendo così in discussione anche il principio della dignità della persona ed il principio di uguaglianza.

È compito di coloro i quali hanno in mano la *governance* sulle tecnologie di volta in volta interessate garantire le forme di conoscenza adeguate e la protezione dei diritti degli utenti, generando in tal modo anche la fiducia in queste nuove forme di conoscenza.

In simili circostanze, si è già rilevato che, in caso di violazione della personalità, l'assetto normativo vigente non sembrerebbe essere adeguato a fornire la giusta tutela (27); e, nonostante l'esistenza del Regolamento europeo 679/2016, la garanzia in esso concepita sotto forma di tutela della *privacy*, potrebbe non apparire sufficiente. Qui, infatti, il delicato problema della tutela della persona verrebbe ad intersecarsi con il tema della potenziale lesione di altro fondamentale diritto, quello della *identità* che pure potrebbe uscirne violata da un procedimento *artificiale* di elaborazione e trattamento di dati personali che facilmente potrebbe essere ricondotto ad integrare gli estremi della profilazione qualora venisse piegato ad «analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» (28).

È, ormai, da tempo che si è avanzato in dottrina l'intento di costruire una forma composita delle tecniche di tutela per le posizioni giuridiche soggettive digitali, la quale comprenda, oltre a quella delineata nel Regolamento europeo sub art. 22, anche tutte quelle prerogative di garanzia desumibili da altre fonti, anche dalla normativa in materia di diritti *antitrust* e di diritti consumeristici.

La valutazione operata a tal riguardo ha preso le mosse dalla considerazione della enorme portata dell'insieme dei dati raccolti – ma tutti concentrati nella disponibilità di poche Società operanti nel settore – e della possibilità di richiamare anche in questi casi quei principi inerenti sia al diritto della concorrenza sia al

(27) Cfr. diffusamente M. Tescaro, *Dall'identità personale all'identità digitale*, cit., soprattutto pp. 783 e ss., ove, vagliate le diverse forme di profilazione degli utenti, tratta delle diverse tipologie di tutela e, in particolar modo, del diritto di opposizione dell'interessato.

(28) Così, testualmente, il Considerando n. 71 del Regolamento europeo, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati del 4 maggio 2016, n. 679, in GU L 4 maggio 2016, n. 119. L'esigenza di assicurare una forma di tutela, fondata sul dato normativo esistente per via analogica o di interpretazione estensiva del GDPR in materia di *privacy*, è stata da sempre indagata dalla dottrina ed ora avvertita anche dalla giurisprudenza in alcune occasioni come quelle affrontate dal Cons. Stato, sez. VI, nelle sent. 8 aprile 2019, n. 2270; 13 dicembre 2019, n. 8472 e 8474 nelle quali, pur riconoscendosi la possibilità di introdurre l'uso degli algoritmi nei rapporti tra la PA e i privati, si sono fissati i limiti di tale uso ricorrendo proprio all'applicazione concorrente della disciplina vigente in materia di *privacy*.

diritto ad essere informati e a controllare ogni processo di trattamento dei propri dati personali (29).

Come è stato già rilevato (30), il fondamento di tale collegamento normativo può ora essere rinvenuto nel recente *Digital Markets Act*, che, entrato in vigore il 6 marzo 2024 (31), si è rivolto ai sei operatori (*Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft*) che hanno la capacità di controllare il mercato digitale secondo i criteri del *Digital Markets Act*, imponendo loro di adeguarsi agli *standard* previsti "per ciascuno dei servizi di piattaforma principali da loro designati" e di rispettare i parametri fissati dai legislatori europei.

Particolarmente significativo ai fini della individuazione dell'attività che maggiormente può costituire un rischio per l'identità dell'utente è già il Considerando n. 61, laddove è prevista come ammessa la pratica della profilazione, finalizzata a costituire le banche dati da mettere a disposizione di altre imprese «che forniscono detti servizi affinché tali imprese terze possano ottimizzare i loro servizi e contendere i pertinenti servizi di piattaforma di base».

Con riguardo a tale forma di profilazione, nel *Digital Markets Act* è richiesto che «[…] Nel fornire accesso ai suoi dati di ricerca, è opportuno che il *gatekeeper* garantisca la protezione dei dati personali degli utenti finali, anche da eventuali rischi di reidentificazione, con mezzi adeguati, come l'anonimizzazione di tali dati personali, senza compromettere in maniera sostanziale la qualità o l'utilità dei dati. I dati pertinenti vengono anonimizzati se i dati personali sono irrimediabilmente alterati in modo tale che le informazioni non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o se i dati personali sono resi anonimi in modo da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato» (32).

---

(29) Le posizioni al riguardo sono ormai numerose e variegate; v. S. Scagliarini, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, cit., p. 519, testo e note, ove si riportano numerosi casi in cui le Autorità antitrust di diversi Paesi sono già intervenute a tutela di *privacy* e identità digitale.

(30) V. S. Scagliarini, *op. ult. cit.*, p. 530.

(31) Pur essendo stato pubblicato in G.U.U.E. il 12 ottobre 2022, L 265/1.

(32) Deve essere riportata, a tal proposito, anche una recente decisione della Corte di Giustizia europea che, con sentenza resa nella causa C-203/22, in data 27 febbraio 2025 in materia di valutazione automatizzata del merito creditizio, laddove è emerso il seguente principio di diritto: «L'art. 15, par. 1, lett. *h)*, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), dev'essere interpretato nel senso che in caso di processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, ai sensi dell'art. 22, par. 1, di tale regolamento, l'interessato può pretendere dal titolare del trattamento, a titolo di «informazioni significative sulla logica utilizzata», che quest'ultimo gli spieghi, mediante informazioni pertinenti e in forma concisa, trasparente, comprensibile e facilmente accessibile, la procedura e i principi concretamente applicati per utilizzare, con mezzi automatizzati, i dati personali relativi a tale interessato al fine di ottenerne un risultato determinato, come un profilo di solvibilità.

Argomentando da tale previsione, ne deriva che si debba perseguire un divieto di interferenza o alterazione della identità personale degli utenti di cui il *gatekeeper* ha raccolto e trattato i dati personali, configurandosi a suo carico un vero e proprio dovere di predisporre gli opportuni strumenti di tutela per garantirne la protezione con i mezzi più adeguati. Tra questi, il primo rimedio, ritenuto il più efficace, è quello di procedere all'anonimizzazione degli stessi, con un'azione preventiva magari ad effetto anche deterrente; la quale può, tuttavia, essere efficace nella sua funzione a condizione che lo stesso utente, titolare degli stessi dati – trattati e messi a disposizione di terzi – non abbia acconsentito consapevolmente o inconsapevolmente alla loro diffusione, cessione o patrimonializzazione mediante il preventivo assenso al momento di accesso sul motore di ricerca (33).

La questione lascia in piedi un quesito, inducendo l'interprete a chiedersi se all'utente rinunciatario non resti a disposizione, pur avendo rilasciato il consenso, un diritto ad operare un controllo sul procedimento che ha dato luogo al trattamento, alla profilazione ed alla conservazione dei dati, ovvero, ad una loro rielaborazione, magari ad opera di una procedura matematica (algoritmo), che abbia alterato l'identità del titolare (34).

L'art. 15, par. 1, lett. *h)*, del regolamento 2016/679 dev'essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui il titolare del trattamento ritenga che le informazioni da fornire all'interessato conformemente a tale disposizione contengano dati di terzi protetti da tale regolamento o segreti commerciali, ai sensi dell'art. 2, punto 1, della direttiva 2016/943 (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, detto titolare è tenuto a comunicare tali informazioni asseritamente protette all'autorità di controllo o al giudice competenti, cui spetta ponderare i diritti e gli interessi in gioco al fine di determinare la portata del diritto di accesso dell'interessato previsto all'art. 15 di tale regolamento».

(33) Secondo quanto previsto all'art. 5, comma 2 del *Digital service Act*: «2. Il *gatekeeper*: *a)* non tratta, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari online, i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono di servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*; *b)* non combina dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da servizi di terzi; *c)* non utilizza in modo incrociato dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base in altri servizi forniti separatamente dal *gatekeeper*, compresi altri servizi di piattaforma di base, e viceversa; e *d)* non fa accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia dato il proprio consenso ai sensi dell'art. 4, punto 11), e dell'art. 7 del regolamento (UE) 2016/679.

Se l'utente finale ha negato o revocato il consenso prestato ai fini del primo comma, il *gatekeeper* non ripete la sua richiesta di consenso per la stessa finalità più di una volta nell'arco di un anno. Il presente paragrafo lascia impregiudicata la possibilità per il *gatekeeper* di avvalersi dell'art. 6, par. 1, lett. *c), d)* ed *e)*, del regolamento (UE) 2016/679, se del caso».

(34) Per un'approfondita disamina di questo aspetto del problema, v. R. Messinetti, *La* Privacy *e il controllo dell'identità algoritmica*, cit., soprattutto da pp. 141 e ss. Sul diritto di opposizione e di revisione come ulteriore mezzo di tutela messo a disposizione dell'utente, v. M. Tescaro, *Dall'identità personale all'identità digitale*, cit., soprattutto pp. 790 e ss.

Per quanto si è già rilevato, l'attività di profilazione, quand'anche affidata a procedimenti matematici tipici della intelligenza artificiale, può ritenersi presidiata nel nostro sistema da una norma, il già citato art. 22 del Regolamento europeo sulla *privacy*, laddove potrebbe considerarsi contemplato anche il caso di un procedimento di tipo matematico dal quale potrebbe desumersi la ragione che ha portato la macchina ad assumere quella decisione algoritmica rispetto all'identità di una persona di cui ha captato i dati (35). Secondo un'attenta dottrina, «in questi casi, la ricostruzione dell'identità personale (costitutivamente implicata dal processo) è effettuata dalla macchina in virtù della *data-driven analysis* sviluppata dai suoi algoritmi e si basa sui dati che questi ultimi costruiscono a partire dai dati personali, alla stregua delle connessioni rintracciate nei c.d. *big-data*: i c.d. dati derivati e/o inferiti. Con altre parole: gli *algo-created data*» (36).

In questa ottica, i dati rilevati o inferiti sono frutto di elaborazione del processo computazionale dell'algoritmo, processo che, nel caso *de quo*, si basa sugli *input* relativi ai dati personali. Detti input costituiscono sostanzialmente la rappresentazione della identità del titolare di quei dati come elaborata dalla macchina sulla base dei dati in essa immessi nella fase *input* ma costruiti dalla intelligenza artificiale, scaturendone una "identità digitale"; è a questo punto che si pone la vera questione di come poter controllare i dati inferiti che alla fine del procedimento algoritmico decideranno quale sarà la identità digitale della persona.

È innegabile, seguendo tale ricostruzione, che in questa procedura vi possa essere un potenziale creativo della macchina che potrebbe dar luogo a decisioni arbitrarie nella costruzione della rappresentazione identitaria della persona alla quale la decisione algoritmica si riferisce; con conseguente necessità di riconoscere in capo alla persona medesima un potere di chiedere ed ottenere una giustificazione del risultato ottenuto dal procedimento algoritmico mediante l'uso di profili personali ad essa riferibili. Soccorre, anche qui, l'art. 22 del GDPR dove, al comma 3, è assicurata alla persona interessata la possibilità di contestare quella rappresentazione, dopo aver ottenuto la spiegazione della valutazione ricevuta secondo quanto contemplato nel n. 71 dei Considerando (37).

---

(35) Cfr. più diffusamente, R. Messinetti, *op. ult. cit.*, secondo cui: «Alla stregua dei principi fondamentali richiamati dal GDPR è chiara un'equivalenza: tra controllo delle inferenze e controllo dei processi di costruzione della propria identità. Anche da questa seconda prospettiva, il ruolo dell'art. 22 risulta centrale: regolando il processo decisionale automatizzato quale processo di costruzione algoritmica della persona digitale, la norma adegua la tutela giuridica della persona alle pratiche della società digitale in un aspetto cruciale: governare quel "distacco" tra la persona e la sua identità che la "datificazione" del mondo e la "crescente autonomia delle macchine" hanno compiuto. Questo è il medium: il potere della persona di controllare gli algo-created data quali dati costitutivi della sua persona digitale»; così testualmente, p. 143.

(36) Il riferimento è sempre a R. Messinetti, *op. ult. cit.*, p. 145.

(37) «Per semplificare: l'AI non si limita a ricostruire ma costruisce; sotto questo aspetto, è scontato che la capacità creativa dell'AI non possa costituire un potere assoluto sulla persona: determinare

Il riconoscimento di un diritto di controllare e di ottenere spiegazioni circa l'uso dei dati inferiti nel procedimento algoritmico, sostenuto dall'attenta dottrina qui richiamata (38), amplia la sfera di protezione per l'identità della persona e garantisce l'effettività del diritto di contestare il risultato rilasciato dal procedimento algoritmico intorno alla rappresentazione di quella identità.

Sul piano rimediale, a parte l'ineludibile richiamo alla tutela risarcitoria – sempre invocabile trattandosi di diritti afferenti all'area della personalità – occorrerà accentuare maggiormente la tecnica di tutela preventiva sia privatistica che pubblicistica; *in primis*, realizzando il non facile compito di far convergere la normativa contenuta nel GDPR con quella appena licenziata nel Regolamento (39) approvato anche dal Consiglio europeo, appena pubblicato sulla GUCE. La via più efficace sembra essere quella di estrapolare i principi fondamentali in essi contenuti e costituire uno statuto di diritti inviolabili ed irrinunciabili per ciascuna persona che si trovi ad essere autore o destinatario di trattamenti di dati personali, comprensivi di ogni forma di procedimento, profilazione, gestione o circolazione degli stessi, affinché si eviti, in via preventiva, ogni forma di lesione rilevante per la sfera personalissima del danneggiato.

Il "mercato dei dati" – personali e non – è una realtà non solo diffusa nella prassi dei rapporti interpersonali sulla rete ma altresì presente nella regolamentazione del Data Act *e dell'*AI Act *che dettano ormai la disciplina in materia. Consumatori e*

---

senza limiti chi la persona sia, le sue capacità di essere e di fare nella società innova il campo dei significati che definiscono l'identità persona», così testualmente, R. Messinetti, *op. ult. cit.*, p. 148. Secondo l'Autrice, «una recente dottrina ha riscontrato un "nuovo" diritto della persona umana: ad "inferenze ragionevoli"» (cit. p. 157 (il riferimento è a Watcher e Mittelstadt, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI,* Columbia Business Law Review, 2019(2)).

(38) Cfr. ancora R. Messinetti, *op. ult. cit.*, p. 157, la quale lo definisce "diritto ad inferenze ragionevoli" e ritiene che «La concezione autofondativa della privacy – per cui «se io sono i miei dati tutto ciò che è fatto ai miei dati è fatto a me» – ne palesa la funzionalità: controllare i processi di elaborazione dei dati che mi riguardano significa controllare la costruzione della mia identità. È in questo orizzonte che il diritto della persona ad essere "vista" e rappresentata dall'AI in virtù di inferenze ragionevoli si riporta al principio della privacy».

(39) Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti 2008/300/CE, 2013/167/UE, 2013/168/UE, 2018/858/UE, 2018/1139/UE e 2019/2144/UE e le direttive 2014/90/UE, 2016/797/UE e 2020/1828/UE (regolamento sull'intelligenza artificiale). Attualmente, il 21 maggio 2024, il Consiglio dell'Unione Europea ha definitivamente approvato il Regolamento c.d. "AI Act". Il Regolamento, già firmato il 13 giugno 2024 dai Presidenti del Parlamento europeo e del Consiglio UE, è stato pubblicato sulla G.U.U.E. del 12 luglio 2024, IT, Serie L, ed entrerà in vigore venti giorni dopo la sua pubblicazione; tuttavia, esso sarà pienamente applicativo solo dopo due anni, con qualche eccezione, come quella relativa agli utilizzi vietati che diverranno, invece, applicativi dopo soli 6 mesi dall'entrata in vigore.

imprese del settore rappresenterebbero, infatti, i beneficiari del sistema di allocazione delle risorse offerte dai dati, con reciproca utilità. Resta sempre sullo sfondo il tema della tutela della persona, affidata alle regole della responsabilità civile, la quale è destinata ad ampliare sempre più la sua area di azione.

The "market for data" – personal and not – is a reality that is not only widespread in the practice of interpersonal relationships on the web but also present in the rules of the Data Act and the AI Act, which now dictate the rules in this area. Consumers and businesses in the sector would, in fact, be the beneficiaries of the system of allocation of resources offered by data, with mutual benefit. In the background, there remains the issue of protection of the person, entrusted to the rules of tort law, which is expected to increasingly expand its scope of action.

Humberto Theodoro Jr.
(Professore emerito dell'Universidade Federal de Minas Gerais)

Assicurazione sulla vita. Destinazione al pagamento di debito dell'assicurato per atto di ultima volontà di costui. Impossibilità?*

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Nozione di assicurazione sulla vita. - **3.** La natura giuridica dell'assicurazione sulla vita e la possibilità di sostituire il rispettivo beneficiario. - **4.** L'impignorabilità dell'assicurazione sulla vita e le sue conseguenze. - **5.** Per concludere.

1. Introduzione

Un gruppo di amici e ammiratori ha avuto l'idea di organizzare una raccolta di studi giuridici in onore del magistrato e professore João Alberto de Almeida. Ho trascorso molti anni con l'illustre maestro durante i quasi trent'anni in cui ho avuto l'onore e la felicità di insegnare nella Casa di Afonso Pena, e ho imparato ad apprezzare e a valorizzare l'amicizia che si è instaurata e ha dato i suoi frutti tra di noi. La sua onestà intellettuale, il suo amore per il diritto, la sua cultura e, soprattutto, la sua fedeltà alla giustizia, gli sono valsi i migliori onori, ai quali aderisco pienamente. È con questo spirito che mi sono impegnato a scrivere il presente saggio su un tema molto interessante e attuale, ovverosia l'ampia libertà riconosciuta dalla legge brasiliana all'assicurato di indicare e modificare in qualsiasi momento il beneficiario dell'assicurazione sulla vita.

2. Nozione di assicurazione sulla vita

Secondo il Codice civile brasiliano (art. 757, *caput*, c.c.), l'assicurazione è un *contratto* con il quale "l'assicuratore si obbliga, verso pagamento del premio, a *garantire l'interesse legittimo* dell'assicurato, relativo a una *persona* o a una *cosa*, contro *rischi predeterminati*" (1) . L'assicurazione sulla vita è un tipo di assicurazione

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee.*

(1) La L. 9 dicembre 2024, n. 15.040, che entrerà in vigore l'11 dicembre 2025 e che sostituirà l'intero Codice civile in materia di contratti assicurativi, contiene una definizione equivalente a

personale (art. 789 c.c.), che garantisce un capitale da versare a un beneficiario liberamente nominato, in caso di morte dell'assicurato o di una persona da lui designata (art. 790 c.c.; art. 113, L. 15.040/2024).

In quanto negozio giuridico privato, il contratto di assicurazione è governato dal principio dell'autonomia della volontà (in particolare dell'autonomia negoziale), che il Codice civile chiama "libertà contrattuale" (art. 421) e che, salve le norme cogenti e i principi di ordine pubblico, corrisponde alla *libertà di iniziativa economica*. Essa comprende, tra l'altro, la libertà delle parti di contrarre o meno e la libertà di negoziare e determinare il contenuto del contratto, quali veri e propri dogmi operanti nei rapporti di diritto privato accettati dalla dottrina universale e propugnati, esplicitamente o implicitamente, in tutti i diritti positivi (2).

La libertà contrattuale, quindi, nel contratto di assicurazione, comprende la libertà riconosciuta alle parti contraenti di definire il "legittimo interesse" che l'assicuratore garantisce contro i rischi anch'essi definiti contrattualmente.

In particolare nell'assicurazione sulla vita e sull'integrità fisica, al proponente si attribuisce la libertà di stabilire il *capitale assicurato* (art. 789 c.c.; art. 112, L. 15.040/2024), nonché l'indicazione del rispettivo *beneficiario*, con l'espressa possibilità per lo stipulante di modificarlo unilateralmente in qualsiasi momento, per atto tra vivi o di ultima volontà (art. 791, c.c.; artt. 113 e 114, L. 15.040/2024) (3).

Poiché l'assicurazione sulla vita è impignorabile (art. 833, comma 6, c.p.c.) e non è soggetta ai debiti dell'assicurato (art. 794 c.c.) né si considera eredità per tutti gli effetti giuridici (art. 794, *in fine,* c.c.), si considera comunemente nulla una disposizione testamentaria che destini il capitale coperto dall'assicurazione in discorso al pagamento di debiti dell'assicurato (4).

A nostro avviso, tuttavia, la norma giuridica invocata non ha il potere di impedire e invalidare la disposizione testamentaria in questione, come dimostreremo a seguire.

---

quella attuale: "Con il contratto di assicurazione, l'assicuratore si impegna, dietro pagamento del premio equivalente, a *garantire l'interesse legittimo* dell'assicurato o del beneficiario contro rischi predeterminati" (art. 1).

(2) N. Nery Júnior, R.M. de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, 12ª ed., São Paulo, 2017, p. 960.

(3) "Igualmente vinculado à autonomia privada se insere a faculdade deferida ao segurado de indicar o beneficiário, sendo lícito, de ordinário, que possa promover a sua substituição com a modificação da própria apólice por ato unilateral apto a produzir efeitos enquanto ainda estiver vivo, ou, se preferir, protrair o efeito para depois de seu passamento pela via do testamento" (M.A. Bezerra de Mello, *Direito Civil- Contratos*, III ed., Rio de Janeiro, 2019, p. 807).

(4) "Logo, não é possível que se altere o beneficiário do seguro de vida, mediante disposição testamentária, estabelecendo que a totalidade do prêmio (*rectius*: capital segurado) seja destinada a pagamento de dívidas fiscais, previdenciárias, particulares etc. Repise-se: tal cláusula é passível de nulidade, diante do art. 794 do CC" (M.H. Diniz, D. R. Lambach Ferreira da Costa, *Limites legais à disposição* causa mortis *relativa ao seguro de vida*, *Revista de Direito Privado*, 123, São Paulo, jan-mar. 2025, p. 256).

3. La natura giuridica dell'assicurazione sulla vita e la possibilità di sostituire il rispettivo beneficiario

L'assicurazione sulla vita, come ricorda José Augusto Delgado, "comporta necessariamente una stipulazione a favore di terzo", non essendoci, tuttavia, nella legge "qualquer proibição que a designação do beneficiário seja feito (*sic*) no momento da celebração do contrato ou em momento posterior" (5). In linea di principio, tuttavia, il Codice civile prevede, in termini generali, che la polizza assicurativa menzioni, se del caso, "il nome dell'assicurato e del beneficiario" (art. 760). D'altra parte, vi è una regola ulteriore, per l'assicurazione sulla vita, nell'art. 792, applicabile nel caso in cui l'assicurato non indichi un beneficiario: il capitale assicurato sarà versato al coniuge e agli eredi dell'assicurato, secondo l'ordine della vocazione ereditaria.

Va sottolineato che la legge non considera l'assicurazione sulla vita come un negozio concernente interessi legati al diritto di famiglia o al diritto ereditario. Al contrario, la regolamenta nell'ambito del diritto delle obbligazioni, in tutto ciò che riguarda i poteri negoziali dell'assicurato, in particolare la libera scelta del rispettivo beneficiario, nonché la sua libera e unilaterale sostituzione in qualsiasi momento. La legge fa riferimento ai rapporti familiari per individuare il beneficiario solo in assenza di una valida designazione da parte dell'assicurato.

Pertanto, come in genere accade per le stipulazioni a favore di terzi, se lo stipulante non ha rinunciato al diritto di cambiare la designazione del beneficiario, la sostituzione della persona designata nel contratto è una facoltà che non dipende dal consenso del terzo beneficiario o da quello dell'altra parte contraente (art. 438 c.c.). La conseguenza di questa regola è che, *ex lege*, la designazione fatta nel contratto "não é definitiva"; e una volta avvenuto il cambiamento unilaterale del beneficiario, "ao anterior não remanesce qualquer direito de pedir reparação, porquanto a lei estabelece a prerrogativa como um direito do estipulante" (6).

La stessa regola si applica in particolare al contratto di assicurazione sulla vita, che non è altro che una modalità di stipulazione a favore di terzo: finché l'assicurato non ha rinunciato alla sua facoltà, o l'assicurazione non è stata costituita a garanzia di qualche obbligazione, "è lecita la sostituzione del beneficiario, con atto tra vivi o di ultima volontà" (art. 791 c.c.).

In altre parole: in questo caso, "dá-se a substituição por ato unilateral, ou sem a concordância do beneficiário" (7). E questo è possibile perché "a designação do beneficiário é ato de plena liberdade do segurado" (8), che di per

(5) J.A. Delgado, *Comentários ao Novo Código Civil*, XI, I, Rio de Janeiro, 2007, p. 733.
(6) A. Rizzardo, *Contratos*, VI ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 149.
(7) A. Rizzardo, *op. ult. cit.*, p. 869.
(8) J.A. Delgado, *Comentários ao Novo Código Civil,* cit., p. 731.

sé non genera immediatamente alcun diritto per il designato nella polizza, anche perché in realtà costui non è nemmeno parte del contratto (9). Questo terzo, quindi, non può essere trattato come se fosse un donatario, ma è solo qualcuno che "tem uma *expectativa de direito* em face da estipulação feita a seu favor" (10).

Il suo diritto al capitale assicurato sorgerà solo dopo il sinistro previsto nel contratto di assicurazione, in altre parole dopo la morte dell'assicurato. "Essa é a razão da lei permitir que o segurado substitua o beneficiário, a qualquer tempo, sem expor qualquer motivação para o exercício dessa vontade manifestada. Ela, portanto, pode ser revogada *ad nutum* e por mais de uma vez" (11).

La posizione della giurisprudenza non è diversa: "No contrato de seguro de vida há uma espécie de estipulação em favor de terceiro, visto que a nomeação do beneficiário é, a princípio, livre, podendo o segurado promover a substituição a qualquer tempo, mesmo em ato de última vontade, até a ocorrência do sinistro, a menos que a indicação esteja atrelada à garantia de alguma obrigação (art. 1.473 do CC/16, correspondente ao art. 791 do CC/2002)" (12).

Questo è il caso, ad esempio, quando l'accordo di separazione include l'obbligo per gli ex coniugi di sottoscrivere un'assicurazione sulla vita a beneficio dei figli minorenni (13); e anche, come spesso accade con i mutui per l'acquisto di una casa, quando un contratto di assicurazione sulla vita è collegato al mutuo per garantire il rimborso del debito in caso di morte del mutuatario prima del completo adempimento della sua obbligazione a lungo termine (14).

---

(9) "Relevante trazer à lembrança o fato de que a despeito de ostentar o direito ao recebimento da indenização em caso de morte do segurado, o beneficiário não é parte no contrato e, portanto, falta-lhe legitimidade para alterar o contrato. […] A possibilidade de substituição do beneficiário, a qualquer tempo e por quantas vezes desejar, constitui-se em direito potestativo do segurado, não podendo o segurador se opor a esse legítimo interesse" (M.A. Bezerra de Mello, *Direito Civil- Contratos,* cit., p. 807).

(10) J.A. Delgado, *Comentários ao Novo Código Civil,* cit., p. 733.

(11) *Idem*, J.A. Delgado, *op. loc. ult. cit*. Come sottolinea Delgado, l'assicurato non può effettuare la sostituzione solo nelle due eccezioni previste nella parte iniziale dell'art. 791 del c.c.: se ha rinunciato al diritto di effettuare la sostituzione, o se l'assicurazione ha come causa dichiarata la garanzia di qualche obbligazione.

(12) STJ, 3° T., REsp 1.197.476/BA, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 7 ottobre 2014, *DJe* 10 ottobre 2014.

(13) "É nula a alteração de beneficiário em contrato de seguro de vida feita por segurado que se obrigou, em acordo de separação homologado judicialmente, a indicar a prole do primeiro casamento, não tendo desaparecido a causa da garantia" (REsp 1.197.476/BA, cit.).

(14) "[…] o segurado não pode substituir o beneficiário...quando o seguro de vida tiver como causa explícita a garantia de alguma obrigação, pois nesse caso o segurado é devedor e deve honrar o seu compromisso perante o credor que figura como beneficiário no contrato" (M.A. Bezerra de Mello, *Direito Civil- Contratos*, cit., p. 807).

4. L'impignorabilità dell'assicurazione sulla vita e le sue conseguenze

L'impignorabilità dell'assicurazione sulla vita, di cui all'art. 833, comma 6, del c.p.c., è una conseguenza della norma di diritto sostanziale secondo cui il capitale assicurato da questo tipo di assicurazione non è soggetto ai debiti dell'assicurato né incluso nell'eredità lasciata da quest'ultimo (art. 794 c.c.). È chiaro, quindi, che non rispondendo delle obbligazioni dell'assicurato, il capitale assicurato non può essere pignorato in un'azione esecutiva intentata contro di lui in vita o, dopo la sua morte, contro la sua eredità. Non può nemmeno essere pignorato in un'esecuzione contro il beneficiario prima dell'apertura della successione, poiché non fa parte in alcun modo del patrimonio del successore e quindi non è soggetto, in quel momento, alla responsabilità per i debiti dell'assicurato, né tanto meno per quelli del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Persino dopo la morte dell'assicurato, il beneficiario, che riceve l'indennità assicurativa, continuerà a essere esente dall'esecuzione per i debiti compresi nel passivo della sua quota ereditaria, tenendo conto della regola dell'art. 794 del c.c. e dell'art. 833, comma 6, del c.p.c.

In altre parole, l'impignorabilità dell'assicurazione sulla vita, di cui all'art. 794 del c.c., si limita a proteggere: *i)* "o prêmio pago para a garantia do seguro (salvo se rescindido o contrato pelo contratante)" e *ii)* "o *direito expectativo* ao valor segurado que tem o beneficiário em caso de morte do segurado" (15) .

Questa impignorabilità, quindi, non pregiudica la libertà di negoziare la destinazione del capitale assicurato, come accade in relazione ai vincoli limitati al campo della responsabilità patrimoniale per le obbligazioni. In altre parole, in linea di principio, l'inalienabilità di un bene comporta la sua impignorabilità. Ma non è vero il contrario, poiché un bene può essere impignorabile senza che il potere di disporre del rispettivo titolare sia necessariamente soppresso (16). Nel caso del "bem de família", ad esempio, l'impignorabilità stabilita dalla legge non pregiudica il potere del proprietario di disporne per via negoziale (17).

---

(15) H. Zaneti Júnior, *Comentários ao Código de Processo Civil*, IIs ed., XIV, São Paulo, 2018, p. 180. L'autore chiarisce: "Essa impenhorabilidade é absoluta. Contudo, não atinge o valor recebido caso ocorra o sinistro, pois então o valor passa a integrar o patrimônio do beneficiário. A impenhorabilidade absoluta diz respeito ao *valor já integralizado no prêmio* e ao *direito expectativo*" (H. Zaneti Júnior, *op. cit., loc. cit.).*

(16) "Segundo lição clássica (Celso Neves, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 7, n. 5, p. 13), da inalienabilidade 'resulta a impenhorabilidade, não sendo verdadeira a recíproca, porque esta última concerne ao menor que não afeta ao maior'. Em outras palavras, todo bem inalienável se mostra impenhorável; nem todo bem impenhorável, entretanto, é inalienável" (A. de Assis, *Manual da execução*, XVIII ed., São Paulo, 2016, p. 315).

(17) "Por outro lado, a alienação do imóvel de residência da família não é vedada. Por consequência, o ato de sua disposição, gratuito ou oneroso, não configurará em hipótese alguma fraude de execução ou fraude contra credores, uma vez que o bem de família, sendo impenhorável, não

Questo è anche il caso dell'assicurazione sulla vita: la dichiarazione di impignorabilità non pregiudica in alcun modo la possibilità dell'assicurato di sostituire liberamente il beneficiario in qualsiasi momento, purché non si verifichi il sinistro (la morte dell'assicurato), come chiariscono gli artt. 791 del c.c. e 114 della L. 15.040/2024.

Poiché, di norma, la stipula a favore di un terzo, e in particolare l'assicurazione sulla vita, tutela il diritto dello stipulante di cambiare in qualsiasi momento il beneficiario originariamente designato, quest'ultimo, come già dimostrato, non acquista alcun diritto fino alla morte dell'assicurato/stipulante. Pertanto, l'esercizio del diritto di sostituire il beneficiario, quando compiuto dall'assicurato, non comporta alcuna illegalità e non spetta al sostituito, sulla base della sua *mera aspettativa di diritto*, opporsi alla modifica contrattuale deliberata unilateralmente ed efficacemente dal soggetto che evidentemente era legittimato al rispettivo atto negoziale innovativo. È quindi del tutto inappropriato, in questa circostanza, imputare all'assicurato un abuso di diritto, allo scopo di annullare un atto che, in realtà, non presenta alcuna irregolarità.

Infine, va ricordato ancora una volta che nell'assicurazione sulla vita la scelta del beneficiario da parte dell'assicurato è libera (art. 791 c.c.; art. 113, L. 15.040/2024), non essendo limitata ai familiari nè ai successori ereditari. E che, anche dopo l'inserimento della designazione nel contratto, l'assicurato rimane *ex lege* libero di sostituire il beneficiario in qualsiasi momento, senza che l'impignorabilità prevista dall'art. 833, comma 6, del c.p.c. possa interferire. Pertanto, "sendo inequívoca a intenção do segurado em alterar o beneficiário de seguro e inexistente qualquer vício que comprometa a validade de sua declaração de vontade, deve-se reconhecer a eficácia de tal ato jurídico", come ha affermato il TJMG (18).

5. Per concludere

Da quanto esposto e argomentato, si possono trarre le seguenti conclusioni:

a) ciò che è garantito dagli artt. 833, comma 6, del c.p.c. e 794 del c.c. è la "impenhorabilidade do capital expectativo do executado como benefício de seguro de vida em caso de morte que terceiro lhe garantiu e estipulou antes da morte do segurado, bem como não podendo ser objeto de penhora, para pagamento das dívidas do próprio segurado, o valor retido em seguro de vida" (19);

---

integra o patrimônio de garantia dos credores (CPC/2015, art. 824)" (H. Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, LVIII ed., III, n. 341, Rio de Janeiro, 2025, p. 410; STJ, IV T., REsp 976.566/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 20 aprile 2010, *DJe* 4 maggio 2010).

(18) TJMG, Ap. Civ. 1.0056.04.072624-4/002, Rel. Des. Pedro Bernardes, ac. 11 maggio 2010, *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 193, aprile-giugno, 2010, p. 95.

(19) H. Zaneti Júnior, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 192.

b) di norma, finché il sinistro non si è verificato, all'assicurato spetta per legge la facoltà di sostituire il beneficiario dell'assicurazione, "por ato entre vivos ou declaração de última vontade" (art. 114, L. 15.040/2024; c.c., art. 790);
c) tra i soggetti legittimati a figurare come beneficiari dell'assicurazione sulla vita vi è anche il creditore dell'assicurato, qualora si intenda vincolare il capitale assicurato a garanzia di una obbligazione (art. 791 c.c.);
d) pertanto, se l'assicurato, con un atto tra vivi o di ultima volontà, stabilisce che il capitale assicurato sia impiegato nel pagamento di un debito o di un'obbligazione, ciò che si è verificato è semplicemente una valida sostituzione del beneficiario originario;
e) in questo caso, non vi sarà violazione della regola dell'impignorabilità dell'assicurazione sulla vita, ma semplice esercizio della facoltà legale dell'assicurato di sostituire il beneficiario dell'assicurazione in qualsiasi momento, ciò che gli è consentito anche per disposizione testamentaria (art. 791 c.c.; art. 114, L. 15.040/2024);
f) la sostituzione del beneficiario sarà nulla solo se l'assicurato ha precedentemente rinunciato alla facoltà legale, o se si configura una violazione del vincolo dell'assicurazione al pagamento di altra obbligazione non ancora estinta (art. 791 c.c.; art. 114, L. 15.040/2024).
g) in ogni caso, il beneficiario originario non è parte del contratto di assicurazione sulla vita e quindi, in quanto terzo cui spetta una mera aspettativa di diritto, non è di norma titolare di un diritto attuale che potrebbe essere violato dalla modifica unilaterale apportata dall'assicurato, che designa un nuovo beneficiario. Il terzo non è quindi legittimato a impugnare qualsivoglia atto dell'assicurato che istituisca un nuovo beneficiario, fintantoché il sinistro non si sia verificato (20).

Il presente articolo intende dimostrare perché la disposizione testamentaria che destina il capitale coperto dall'assicurazione sulla vita al pagamento di un debito del contraente non possa essere considerata invalida, sebbene esista un orientamento contrario. Tale tipologia di assicurazione costituisce, infatti, una stipulazione a favore di terzo, in quanto l'art. 791 del Codice civile brasiliano consente allo stipulante di sostituire il beneficiario mediante atto tra vivi o per disposizione testamentaria. Il beneficiario vanta una mera aspettativa di diritto, che si concretizza soltanto dopo la morte dell'assicurato. D'altro canto, l'impignorabilità dell'assicurazione sulla vita non

(20) "Ele é, apenas um terceiro que tem uma expectativa de direito em face da estipulação feita a seu favor, se determinado fato (sinistro) acontecer. Se inexistente, na lei, qualquer limitação para a designação de beneficiário, nada impede que o segurado indique quem bem entender" (J.A. Delgado, *Comentários ao Novo Código* Civil, cit., pp. 733 e ss.).

incide sulla libertà negoziale circa la destinazione del capitale assicurato, spettando al contraente la facoltà di modificare liberamente il beneficiario in qualsiasi momento, fino al verificarsi dell'evento assicurato.

This article aims to demonstrate why a testamentary provision designating the capital insured under a life insurance policy for the payment of the policyholder's debt cannot be deemed invalid, notwithstanding the existence of an opposing view. This type of insurance constitutes a stipulation in favor of a third party, as the policyholder is authorized, pursuant to Article 791 of the Brazilian Civil Code, to substitute the beneficiary either by inter vivos act or by testamentary disposition. The beneficiary holds only a mere expectation of a right, which materializes exclusively upon the death of the insured. Conversely, the unseizability of life insurance proceeds does not affect the freedom of contract regarding the designation of the insured capital's destination, and the policyholder retains the right to freely replace the beneficiary at any time, until the insured event occurs.

Giuseppe Benedetto Portale
(Professore emerito nell'Università cattolica del Sacro Cuore)

Il diritto privato dell'impresa tra "fusioni" e "scissioni" dei Codici*

Sommario: 1. La codificazione nell'America latina e gli influssi europei. - **2.** L'unificazione dei codici nel *novo Código civil* brasiliano del 2002. - **3.** Il diritto commerciale come diritto privato dell'impresa e i diversi modelli di unificazione dei codici. - **4.** L'odierna autonomia e universalità del diritto commerciale nell'era della decodificazione e della frammentazione degli ordinamenti giuridici.

1. La codificazione nell'America latina e gli influssi europei

Ha scritto, quasi un quarto di secolo fa, uno dei nostri più colti Maestri del diritto civile (1) che i "giuristi latino-americani dell'Ottocento […] erano grandi umanisti e sul piano culturale professavano il diritto romano assieme al diritto vigente, in una intensa familiarità di rapporti […] con la tradizione europea. Della cultura europea si erano alimentati nella misura più larga, comprensiva della dottrina continentale e altresì del *common law*". Questa attenzione alla cultura giuridica europea dura tuttora; ma mentre per il passato l'interesse era concentrato, per quanto riguarda le codificazioni civilistiche, quasi esclusivamente sui due codici nobili che avevano aperto e chiuso il secolo XIX – il *code Napoléon* ed il *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco –, il mondo latino-americano sembra oggi molto più aperto alle esperienze codicistiche e legislative in genere di altri paesi (2), come pure alle convenzioni internazionali e agli atti di organizzazioni sovranazionali (3). In rapporto al diritto italiano e alla scarsa influenza che esso aveva avuto su

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) P. Rescigno, *La circolazione dei modelli giuridici europei nel mondo latino-americano*, in *Id.*, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, p. 176.

(2) V., ora, S. Lanni, *Codici e diritto civile latinoamericano*, in *Ead., Il diritto dell'America Latina*, Napoli, 2017, pp. 55 e ss.

(3) Ad es., la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, entrata in vigore in Brasile nel 1º aprile 2014 e promulgata con il decreto presidenziale 16 ottobre 2014, n. 8327; nonché i Principi sui contratti commerciali internazionali elaborati dall'UNIDROIT, ampiamente

quelle codificazioni ottocentesche – si può ricordare la "copiatura", nel 1873, da parte del Venezuela del codice civile del Regno d'Italia del 1865 (4) – è da dire che, a partire dalla prima metà del secolo scorso, si riscontra l'inizio di una maggiore penetrazione sia del codice civile italiano ("c.c.it.") del 1942, sia della dottrina privatistica, anche per le non esaltanti vicende politiche a tutti note di alcuni nostri giuristi di grande levatura (5).

Quanto alla letteratura giuridica, ne dà testimonianza il *código civil* della Repubblica del Perù (1984), "tra i più moderni ed elaborati del continente lontano ed il più significativo per ciò che vuole dire l'influenza della dottrina italiana su un legislatore contemporaneo" (6). Circa il modello del c.c.it. del 1942 (7), non può essere dimenticato che il *código civil* della Repubblica del Paraguay (1985, ma in vigore dal 1987) ("c.c.par.") è stato il primo codice latino-americano che ha portato a compimento il progetto (1867), disegnato per il Brasile e fortemente difeso (ma naufragato per l'avversione del governo imperiale), di A. Teixeira de Freitas (8).

Fondatore del diritto privato di quel paese e profondo conoscitore della cultura e di tutti i codici europei (ma non solo), Teixeira de Freitas aveva pensato, mutando le sue precedenti convenzioni sistematiche – espresse, dapprima, nella *Consolidação das leis civis* (9), e, successivamente, nell'("Abbozzo") *Esboço do código civil*

---

riconosciuti dalla dottrina e dalla prassi giuridica brasiliana. V. sull'argomento: M.B. Rizzo Delamuta, *Convenção de Viena e Resolução Contratual*, São Paulo, 2022; e L. Gama Junior, *Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil*, in *Revue de droit uniforme*, 2011, pp. 621 e ss.

(4) A. Guzmán Brito, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 173 e 585; S. Pinto Oliveros, *L'influenza del modello italiano nel diritto civile venezuelano*, in *Il modello giuridico-scientifico e legislativo-italiano fuori dell'Europa*, a cura di S. Lanni e P. Sirena, Napoli, 2014, pp. 225 e ss.

(5) Si pensi all'esilio volontario di T. Ascarelli, T. Liebman e T. Ravà.

(6) P. Rescigno, *La circolazione dei modelli giuridici europei nel mondo latino-americano*, cit., p. 171.

(7) Trascurando le imitazioni degli ultimi anni da parte di vari paesi europei: Polonia, Olanda, Romania, Repubblica Ceca, Ungheria.

(8) Ovviamente, ammodernandone le categorie, grazie agli strumenti forniti, appunto, dal nostro codice = assunzione anche della figura dell'imprenditore e dei contratti di impresa (v., ad es., gli artt. 854 e 959 c.c.par., rispettivamente, sul contratto di appalto e sul contratto di società: si leggano, in particolare, le sintesi di R. Silva Alonso, *De las obligaciones*, in *Documentos del Simposio, sobre el Nuevo Código civil*, Edición de la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1987, p. 214; E. Ayala e L. Escobar Faella, *Sociedades*, in *Documentos del Simposio sobre el Nuevo Código civil*, cit., pp. 114 e ss.; A. Tellechea Solís, *De los contratos y otras fuentes de las obligaciones*, in *Documentos del Simposio sobre el Nuevo Código civil*, cit., p. 145; ma v., pure, A. Guzmán Brito, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., p. 333; L. Martínez Miltos, *El nuevo Código Civil Paraguayo y el Código de Vélez Sarsfield*, in *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padova, 1991, pp. 585 e ss.).

(9) 1858: ristampa anastatica, Brasilia, 2003, con Prefácio del Ministro R. Rosado de Aguiar, il quale conclude affermando che la *Consolidação* "ha riscattato e ordinato la nostra eredità giuridica, al tempo stesso disegnando la fisionomia della legislazione civile che è seguita tanto nel *código civil* del 1916 come nel recente *código civil* del 2002" (R. Rosado de Aguiar, Prefácio ad A. Teixeira De

(1859-1867), considerato un *unicum* nella storia della codificazione americana per la sua originalità e per le idee in esso contenute, che avrebbero condizionato le codificazioni latino-americane posteriori (10) –, di redigere un "*código* geral" ("generale") e un "*código* civil", nel quale sarebbe dovuto risultare "*unificado el derecho privado: es decir, principalmente, el civil y el comercial*" (11).

2. L'unificazione dei codici nel novo Código civil brasiliano del 2002

Fermando il discorso sul "nuovo" *código civil* brasiliano ("c.c.br.") del 2002 (12), esso sostituiva il c.c.br. del 1916, il cui progetto – redatto da Clóvis Beviláqua – era di chiara ispirazione pandettistica, seguendo la tradizione risalente, come detto, a Teixeira de Freitas e poi continuata nei successivi progetti (13). Malgrado gli importanti apprezzamenti che ha riscosso in occasione della celebrazione del suo centenario (14), questo codice ha ricevuto anche molte critiche.

Freitas, *Consolidação das leis civis*, I, ristampa anastatica, Brasilia, 2003). V., inoltre, sulla *Consolidação*, C. Beviláqua, *O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro*, in *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 6, n. 1, 1896, p. 11. Con riguardo alla distinzione tra *consolidação* e *codificação*, v. A.C. Morato, *Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 98, 2003, pp. 98-101.

(10) A. Guzmán Brito, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., pp. 313 e ss.; A.C. Morato, *op. ult. cit.*, pp. 102-103; C.M. Da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*, vol. I, XXX ed., Rio de Janeiro, 2017, p. 84.

(11) A. Guzmán Brito, *op. ult. cit.*, p. 313; J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Tübingen, 2009, pp. 180 e ss.; P. Rescigno, *La circolazione dei modelli giuridici europei nel mondo latino-americano*, cit., p. 175; *Id.*, *La "parte generale" del codice civile nell' "Esboço" di Teixeira de Freitas*, *ivi*, pp. 179 e ss.; per la prima volta, nella storia delle codificazioni, questo era già accaduto con il codice civile del Ducato di Parma del 1820: A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, II ed., Bologna, 2016, pp. 505 e ss.; G.L.C. Branco, *O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual: a compra e venda como modelo jurídico multifuncional*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 872, 2008, p. 3.

(12) L. 10 gennaio 2002, n. 10.406, in vigore dall'11 gennaio 2003. È in corso un progetto di aggiornamento dell'intero Codice Civile brasiliano. Per una panoramica su alcune delle modifiche proposte nel Libro dell'Impresa, si veda P. Forgioni, *O Direito Empresarial no projeto de revisão e atualização do Código Civil*, in *A reforma do Código Civil: artigos sobre a atualização da Lei nº 10.406/2002*, a cura di R. Pacheco, Brasília, Senato Federale, 2025, pp. 199-205.

(13) A. Guzmán Brito, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., p. 317 e *passim*; da segnalare il primo capitolo della densa e ricca monografia di J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., pp. 3-56. Inoltre, alcuni pareri di giuristi stranieri sul c.c.br. del 1916 sono raccolti in O. L. Rodrigues Junior, *Clóvis Beviláqua e o Código Civil de 1916 na visão de um estrangeiro: contradições com a imagem preponderante na historiografia nacional*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 12, São Paulo, 2017, pp. 35-61.

(14) E. Tomasevicius Filho, *The Legacy of the 1916 Civil Code*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 111, 2016, p. 97: "è un simbolo della cultura di un popolo, così come il Code Napoléon lo è nella cultura francese".

È stato anzi rilevato che dal primo giorno esso portava una macchia: era "nato vecchio", perché il "Progetto Beviláqua" del 1899 – per tutta la durata del tempo necessario alla sua approvazione – era rimasto immutato (15). È dubbio che molte delle critiche fossero meritate: appare certo, comunque, che esso era "tagliato" su una società coloniale, non preparata al mutamento sociale. Nel progetto, in verità, non mancavano idee avanzate (come la protezione dei lavoratori, pure di quelli domestici), ma l'opposizione delle classi dominanti ne impedì l'approvazione. L'uguaglianza postulata dal codice finì con il rivelarsi una formula vuota, e le differenze economiche e sociali portarono a molti abusi (16). Si spiega così perché, dopo solo venti anni di vigenza, c'erano già *richieste di modifica* del c.c.br. del 1916.

La paternità del c.c.br. del 2002 è attribuita a Miguel Reale al quale, con sorpresa (17), era stato affidato il compito di modificare il c.c.br. del 1916. La Commissione dal medesimo nominata (18) – con la duplice motivazione che, da un lato, una riforma del testo del 1916 avrebbe richiesto un eccessivo impegno, per di più con il pericolo di errori, dall'altro, il vecchio testo non rifletteva più i rapporti sociali del presente (19) – assume la decisione di procedere ad una nuova codificazione. Anche perché Reale non era affatto convinto dell'effettività di un'"età della decodificazione", malgrado la diffusa accoglienza da parte di molti studiosi brasiliani e latino-americani delle idee professate da Natalino Irti nell'omonimo scritto (20). Se così stessero le cose – sosteneva – "ai giuristi non resterebbe che accompagnare passivamente il processo storico e limitarsi, ammuffendo, ad oc-

(15) V. C.M. Da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., pp. 86-87.

(16) Per queste valutazioni: J.P. Schmidt, E*ntstehungsgeschichte und Grundzüge des brasilianischen Zivilgesetzbuchs 2002. Eine Einführung*, in *Das brasilianische Zivilgesetzbuch 2002*, *Deutsche Übersetzung und Anmerkungen von* B.J. Wolf, Aachen, 2013, p. 22; *amplius*, con una dettagliata serie di censure, Id., *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., pp. 51 e ss., dove, altresì, la convinzione che "forse, più di ogni altro codice del suo tempo, il c.c. 1916 rifletteva il liberalismo e l'individualismo del XIX secolo appena trascorso"; conf. L. Feiten Wingert Ody, *Einführung in das brasilianische Recht*, München, 2016, p. 4; V. Ferreira Mese, *Die soziale Funktion des Vertrages im brasilianischen Código civil*, Baden-Baden, 2017, p. 37.

(17) Sia perché era un professore di filosofia del diritto e di diritto pubblico, sia per la sua vicinanza al regime militare; per di più, da giovane, aveva fatto parte del c.d. *Integralismo*, un movimento nazional-brasiliano vicino al fascismo italiano: cfr. J.P. Schmidt, E*ntstehungsgeschichte und Grundzüge des brasilianischen Zivilgesetzbuchs 2002*, cit., p. 24.

(18) Composta da altri sei professori: da qui, poi, la censura che si trattava di una *Professorenkommission*.

(19) J.P. Schmidt, *Entstehungsgeschichte und Grundzüge des brasilianischen Zivilgesetzbuchs 2002*, cit., p. 25.

(20) J. Martins-Costa, *O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, 2001, p. 212. Per un inquadramento della tematica della decodificazione e delle sue origini, si vedano, ad es., C.M. da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., pp. 90-91; A.C. Morato, *Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema*, cit., pp. 108-111.

cuparsi di una molteplicità di leggi complementari. Al contrario, la codificazione rappresenta una delle più alte espressioni della cultura di un popolo; […] essa può e deve essere uno strumento per la legalizzazione dei valori in tempi di crisi" (21).

Come era accaduto per il c.c.br. del 1916 e per la maggior parte dei codici del continente (22), quello brasiliano del 2002 ha mantenuto il suo carattere eclettico: a differenza, tuttavia, di quanto è avvenuto per il precedente (23), su quest'ultimo hanno influito, specificamente, il *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco (24), il codice civile portoghese del 1966 (25) e soprattutto il c.c.it.. Dai due ultimi sono state riprese quasi letteralmente molte norme: dal primo, per ragioni storiche; dal secondo, sia per la sua più recente collocazione temporale rispetto al codice germanico, sia per le frequentazioni di Reale e di altri membri della commissione con studiosi italiani (26).

Nemmeno il *novo código* (il c.c.br. del 2022) è rimasto esente da critiche. In primo luogo, il progetto del 1975, è stato più volte fermato a causa delle dittature che si sono succedute (27). Si aggiunga, a questo, che – con il ritorno alla democrazia e l'avvento della (seconda) *Nova República* –, nel 1988 è stata emanata (tuttora in vigore: malgrado le 90 modifiche subite sino al termine del 2016) la *Constituição da República Federativa do Brasil*, che ha procurato ai suoi autori l'occasione di inserire nella stessa alcune riforme del diritto civile reputate urgenti. Le materie destinate ad essere disciplinate dal codice, d'altra parte, si erano ulteriormente ridotte con l'emanazione di alcune leggi complementari: fra le quali, nel 1990, quella sulla tutela dei consumatori (*Código de defesa do consumidor*), che per la prima volta introduceva, tra l'altro, la responsabilità del produttore ed il controllo sulle clausole abusive (28).

Non essendo possibile passare in rassegna tutte le criticità (o pretese tali) del nuovo testo codicistico, mi limito a segnalare che fra queste viene fatta rimar-

(21) Relazione, n. 3, p. 21. Con riguardo al contrasto tra il movimento di codificazione e quello di decodificazione, v. nella dottrina brasiliana A.C. Morato, *op. ult. cit.*, pp. 95-120.

(22) Risulta molto utile, a questo riguardo, il quadro sinottico di A. Guzmán Brito, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., pp. 577-586.

(23) Per un censimento delle fonti su cui si ispirava: J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., p. 48.

(24) Ancora una volta – malgrado le critiche sulla sua attuale giustificazione – per la parte generale.

(25) Anch'esso, peraltro, fortemente condizionato da quello tedesco; con riguardo al Brasile, v. D. Moura Vicente, *Direito comparado*, vol. 1, Coimbra, 2011, pp. 140 e ss.; J.P. Schmidt, *Entstehungsgeschichte und Grundzüge des brasilianischen Zivilgesetzbuchs 2002*, cit., pp. 36 e ss.

(26) Così, ancora, J.P. Schmidt, *op. ult. cit.*, p. 37.

(27) Per cenni storici: L. Feiten Wingert Ody, cit., p. 4 e ss., dove pure (pp. 75-176) una sintetica trattazione della materia del *código*.

(28) J.P. Schmidt, *Entstehungsgeschichte und Grundzüge des brasilianischen Zivilgesetzbuchs 2002*, cit., pp. 27 e ss. e 35 e ss., dove anche un elenco delle innovazioni prodotte dal nuovo codice; più diffusamente, Id., *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., pp. 163 e ss. e 225 e ss.; J. Martins-Costa, *O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"*, cit., pp. 213-215.

care la presenza, poco tranquillante, di alcune clausole generali considerate di incerta applicazione (29). L'attenzione è stata specificamente concentrata su: art. 50(30); art. 187(31); art. 421(32); art. 422(33); art. 927(34). A proposito delle richiamate norme è stata espressa la considerazione, la quale certamente suscita una riflessione, che "il legislatore brasiliano ha dimostrato coraggio con la sua decisione di attribuire, con il c.c. 2002, ampie libertà soprattutto nella forma di clausole generali e di concetti giuridici indeterminati. Proprio in questo, tuttavia, potrebbe vedersi una fuga dalla responsabilità della soluzione di conflitti sociali. Il carattere interventistico del c.c. del 2002, in ogni caso, porta con sé il pericolo di uno scivolamento verso una non strutturata giurisprudenza di equità, perché resta dubbio se, in Brasile, il gioco combinato della giurisprudenza e della dottrina sia sufficientemente sviluppato da garantire un uso responsabile ed utile delle clausole generali […] La maggioranza dei giuristi brasiliani, comunque, riconosce un maggior valore all'equità del caso concreto [*Einzelfallgerechtigkeit*] che alla certezza del diritto, di tal ché vede nella rafforzata posizione del giudice più una *chance* che un pericolo" (35).

---

(29) Per un esame approfondito: J.P. Schmidt, *op. ult. cit.*, pp. 461-544.

(30) *Durchgriff* della persona giuridica per abuso o per confusione dei patrimoni e poteri del giudice nel caso di richiesta della parte o del pubblico ministero.

(31) Atto illecito per manifesto abuso del diritto, della buona fede e dei buoni costumi.

(32) Dovere di esercitare la libertà di contrattare "*em razão e nos limites da função social do contrato*": si tratta della norma sulla quale più è stato scritto, passando dalla tesi della inutilità, a quella della causa bettiana, a quella – forse più equilibrata – di D. Corapi, *L'unificazione del codice di commercio e del codice civile in Brasile*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, che richiama il giudizio di meritevolezza dell'art. 1322, comma 2, del nostro codice civile; per il quadro degli orientamenti: J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., pp. 471-498; V. Ferreira Mese, *Die soziale Funktion des Vertrages im brasilianischen Código civil*, cit., *passim*; J.B. Villela, *Einführung zum neuen Brasilianischen Zivilgesetzbuch*, in *Das Unternehmen im neuen Zivilgesetzbuch Brasiliens*, a cura di A. Sanden, Aachen, 2004, p. 9: "non spetta ad alcun codice civile disporre sul fondamento della libertà contrattuale. Questa è l'espressione dei diritti generali della persona umana ed è strettamente congiunta con la dignità dell'uomo"; P. Nalin, *La funzione sociale del contratto e la compravendita internazionale (CISO): il contributo del diritto brasiliano al dibattito globale*, in *Diritto dell'impresa e degli investimenti finanziari in Brasile*, a cura di P.F. Giuggioli e N. Posenato, in corso di stampa; merita di essere ricordato che gli artt. 116, comma unico, e 154, comma 1, L. 15 dicembre 1976, n. 6.404, sulla s.p.a., dispongono, rispettivamente, che l'azionista di controllo deve usare il potere al fine di fare realizzare alla compagnia il suo oggetto "*e cumprir sua função social* […]", e che l'amministratore deve esercitare le sue attribuzioni "*para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa*"; quest'ultima norma mostra una certa somiglianza con il noto §70, *Abs.* 1, *Aktiengesetz* tedesco del 1937 che aveva introdotto il c.d. *Führerprinzip*.

(33) Dovere, per i contraenti, di rispettare "*os princípios de probidade e boa-fé*" sia nella conclusione del contratto che nella sua esecuzione.

(34) Casi di responsabilità oggettiva.

(35) J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., p. 547; ampiamente, pp. 389-461. Secondo Francisco Amaral, le clausole generali nel c.c.br. del 2002 "comportano una maggio-

3. Il diritto commerciale come diritto privato dell'impresa e i diversi modelli di unificazione dei codici

Non sembra il caso di indagare perché il c.c.br del 1916 è stato considerato dal Relatore-generale del più recente *código* (2002) un "monumento della cultura giuridica brasiliana" (36); oppure perché si nega, in contrasto con una diffusa opinione, che il secondo sia un "capolavoro" (37); né se sia vero che – malgrado il *código* della "Commissione Reale" abbia corrisposto alla funzione che si richiede ai codici di: consolidare, informare e sistemizzare – abbia fallito, per contro, nello scopo di modernizzare il diritto civile brasiliano. È certo, comunque, che – a differenza di quanto è accaduto nel c.c.par. del 1987 (38) e nel *código civil y comercial de la Nación argentina* (39), che pure hanno unificato i codici di diritto privato, disciplinando anche parte dei contratti di impresa (40) – nel c.c.br. del 2002 (rimanendo non abrogato il *código comercial* del 1850, il cui contenuto si identificava, nel 2002, nel diritto marittimo e nel diritto fallimentare: dal 2005, unicamente nel primo) non solo si è provveduto all'unificazione – nel *Libro I* della *Parte speciale* – del diritto delle obbligazioni come nei due codici prima citati, ma è stato aggiunto un *Libro II* destinato a racchiudere la disciplina dell'imprenditore, che viene a

---

re autonomia dell'interprete, nella sua funzione creativa e, conseguentemente, il riconoscimento di un potere più ampio al giudice, configurando la cosiddetta giurisdizionalizzazione del diritto contemporaneo, già menzionata. Essendo 'clausole aperte', consentono un'ampia comprensione ermeneutica e una maggiore ingerenza del giudice nella risoluzione dei conflitti" (F. Amaral, *A interpretação jurídica segundo o Código Civil*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado,* n. 29, 2005, p. 32). V., inoltre, J. Martins-Costa, *O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"*, cit., pp. 230-232.

(36) R. Fiúza, *Parecer do Relator-geral*, in *Novo Código civil*², a cura di J. Figueirêdo Alves e M.L. Delgado Régis, São Paulo, 2002, p. 53.

(37) J.P. Schmidt, *Entstehungsgeschichte und Grundzüge des brasilianischen Zivilgesetzbuchs 2002. Eine Einführung*, cit., p. 39.

(38) *Supra*, nota 1.

(39) Assai più recente: 2014.

(40) Ma senza una regolamentazione specifica né di quest'ultima, né dell'azienda, sebbene da entrambi non ignorate: sul secondo codice, v., fra tanti, G. Costa Aguilar, *El impacto del nuevo Código civil y comercial de la Nación argentina en la autonomía del Derecho comercial*, in *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, a cura di R. Cardilli e D.F. Esborraz, Padova, 2017; G. De Nova, *Contratti di impresa*, in *Annali dell'Enc. dir.*, IV, Milano, 2011, pp. 619 e ss., il quale fa notare, peraltro, che nel diritto paraguayano, malgrado l'unificazione dei codici, era stata mantenuta la *ley del comerciante sancionada en 1983*; P. Masi, *Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina e "materia commerciale"*, in *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, a cura di R. Cardilli, D.F. Esborraz, Padova, 2017, pp. 606 e ss.; sul progetto argentino: I.A. Escuti, *Le "droit commercial" dans le Projet de code civil argentin de 2012*, in *Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage*, a cura di B. Fauvarque-Cosson, D.P. Fernández Arroyo e J. Monéger, Paris, 2014, p. 58.

sostituire (secondo un *trend* ormai diffuso) il commerciante della tradizione romano-germanica (41).

Le reazioni di fronte al *novo código*, che – come anticipato – ha assunto a modello quanto realizzato con il c.c.it. del 1942, sono state (e sono) di vario tipo. Già durante i lavori della "Commissione" ne era stata eccepita l'eccessiva imitazione (42). Fondata appare, di certo, la critica sulla negazione della qualificazione imprenditoriale alle "attività professionali intellettuali, di natura scientifica, letteraria o artistica, salvo che le stesse siano inserite in una attività di impresa" (43); come pure quella che l'imprenditore con attività prevalentemente agricola può godere dello stesso trattamento dell'imprenditore iscritto là dove decida di iscriversi nel Registro pubblico delle imprese mercantili (44): registrazione alla quale è tenuto, *ex* art. 967 c.c.br. del 2002, l'"*empresário*", prima dell'inizio della sua attività (45).

Il vero problema di vertice, tuttavia, è uno: e si concretizza nella domanda se il *código* della "Commissione Reale" abbia veramente prodotto l'unificazione dei codici di diritto privato con la creazione di un diritto privato dell'impresa, una volta archiviate le figure del "commerciante" e degli "atti di commercio". Il dibattito – partito dopo la promulgazione (46) – ha ripreso attualità con la presentazione,

---

(41) G.L.C. Branco, *O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual*, cit., pp. 6-11; J. Martins-Costa, *O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"*, cit., p. 226. Per un primo esame, nella nostra letteratura, di questa rilevante innovazione, si veda il volume collettaneo, a cura di A. Calderale, *Il nuovo codice civile brasiliano*, Milano, 2003; *adde*: D. Corapi, *L'unificazione del codice di commercio e del codice civile in Brasile*, cit., pp. 801-811; *Id.*, *Il diritto brasiliano: nuovo terreno di indagine per la comparazione,* in *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 375-381.

(42) Censura alla quale il Presidente Reale – nella Relazione al Progetto del 1975 (n. 12) – aveva semplicisticamente replicato che detto codice era privo di una parte generale e che, d'altro canto, in esso era disciplinato il diritto del lavoro, mentre questo non accadeva nel Progetto: "perché si trattava, prevalentemente, di materia da ricondurre al diritto pubblico, soggetta, quindi, ad altre regole e ad altri parametri" (M. Reale, *Relazione all'Anteprogetto del Código Civil (1975)*, in *Das Unternehmen im neuen Zivilgesetzbuch Brasiliens*, a cura di A. Sanden, *Das Unternehmen im neuen Zivilgesetzbuch Brasiliens*, Aachen, 2004 (traduzione tedesca).

(43) Art. 966, comma unico, c.c.br.

(44) Artt. 971 e 968 c.c.br.

(45) J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., p. 214, con richiami di letteratura locale e notizie su quanto è accaduto nel diritto austriaco in occasione della riforma del 2005: l'a. fa rimarcare, con riguardo al *código*, che la scelta sull'imprenditore agricolo si presenta problematica, tenuto conto che in Brasile l' "*Agribusiness*" è uno dei più importanti settori dell'economia.

(46) Anche con la benevola citazione da parte di un collega brasiliano dell' "Heidelberger Kreis" (A. Jaeger Junior, *Das neue brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch*, in *Portugiesisch – Weltsprache des Rechts*, a cura di E. Jayme e U. Ch. Schindler, Aachen, 2004, pp. 221 e ss.) di un mio breve scritto (G.B. Portale, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca borsa*, 1984, pp. 217-219) dove si riscontrava una tendenza verso la "ricommercializzazione del diritto commerciale", per l'appunto, come "diritto privato dell'impresa".

negli ultimi anni, di due nuovi Progetti: *Institui o Código Comercial* (47); *Reforma o Código Comercial* (48).

L'idea del Presidente della "Commissione", in effetti, sembra essere stata quella della incorporazione del diritto commerciale nel *código civil* (49); ma essa era contrastata proprio dal componente della "Commissione" (50) delegato alla redazione del *Libro I* (Diritto delle obbligazioni) della *Parte speciale*, che ha espressamente sostenuto che nella elaborazione della parte di sua competenza si è preoccupato, unicamente, dell'unificazione dei rapporti obbligatori, e non di una globale fusione del diritto civile e del diritto commerciale (51). Ne consegue che i lavori preparatori non aiutano a risolvere il problema di fondo. E di fatto la dottrina ha cercato altrove gli argomenti a fondamento dell'una o dell'altra tesi, con l'aiuto anche di studiosi tedeschi (52).

Un argomento ricorrente a favore dell'unificazione è quello che questa rafforza come fonte del diritto il *código*, dando un forte contributo alla compiutezza sistematica del diritto privato. I classici codici di commercio, anche se così denominati, non possiedono – si afferma – i presupposti di una codificazione in senso tecnico, dal momento che non coprono tutto il diritto commerciale, presentandosi come un conglomerato di norme di eterogenea complessità (53). Ma quest'ultima considerazione, qualora l'imprenditore e/o il mercato diventino il centro di gravità di un codice (come emerge, del resto, dai due nuovi progetti di codice di commercio appena ricordati), non appare convincente. D'altra parte, chi si oppone all'idea dell'unificazione fa notare – a ragione – che il *Libro II* della *Parte speciale* del *código* (Diritto dell'impresa) è privo di qualsiasi aggancio sia con il *Libro* che lo precede (*Diritto delle obbligazioni*), sia con quelli che lo seguono (*Libro III*: Diritto delle cose; *Libro IV*: Diritto di famiglia; *Libro V*: Diritto delle successioni). A ben riflettere, allora, è probabile che sia nel giusto chi prospetta la tesi che nel *código* abbiano ricevuto un diverso trattamento il diritto delle obbligazioni ed il diritto dell'impresa: discutendo di una unificazione materiale (= sostanziale) per *il primo*, con la motivazione (per la verità non so fino a che punto convincente, essendo tutto da provare che l'imprenditore abbia bisogno di solo

(47) Câmara Dos Deputados, *Projeto de Lei* n. 1572, de 2011.
(48) Senado Federal, *Projeto de Lei do Senado* n. 487, de 2013.
(49) Relazione al Progetto preliminare del 1972, n. 10, cit. da J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., p. 185, nota 166, dove si legge che Reale considerava il diritto dell'impresa come "naturale continuazione del diritto delle obbligazioni".
(50) A. Alvim, *Quadro comparativo*, 1, pp. 220 e ss., citato, ancora una volta, da J.P. Schmidt, *op. ult. cit.*, p. 173, nota 84.
(51) . G.L.C. Branco, *O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual*, cit., p. 5.
(52) V., in particolare, la monografia più volte richiamata di J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., pp. 215-224, molto attenta alla dottrina brasiliana.
(53) Su tali questioni, J.P. Schmidt, *op. ult. cit.*, p. 217.

poche norme) che per il traffico commerciale in casi ridotti sono necessarie disposizioni particolari, le quali, dunque, possono ben essere collocate nel codice civile; e di una unificazione *legale* (= formale) per il *diritto dell'impresa* (54).

La storia e la comparazione giuridica fanno conoscere, del resto, una varietà di modelli, di cui è possibile ricordare qualche esempio:

a) i primi casi di unificazione *legislativa* a me noti sono quelli: del codice civile per gli Stati estensi (1851), che conteneva un libro dedicato al diritto commerciale, separato da quello concernente il diritto delle obbligazioni; nonché del primo codice civile del *Québec* (1866), il quale – discostandosi in questo dalla tradizione francofona – ha anch'esso rinunciato ad avere un *code de commerce*, pur aggiungendo al *code civil* un libro speciale dedicato ad alcune materie "*uniquement d'une nature commerciale*". Annotava, al riguardo, uno scrittore che […] "[…] *a fusion ne peut s'induire du seul fait de l'incorporation dans un même Code de règles communes aux opérations civiles et commerciales, alors que pour certaines opérations commerciales des règles speciales y sont malgré tout reservées* […]" (55);
b) un secondo modello, che si avvicina, fra l'altro, *sia* all'ultimo nostro progetto di un codice di commercio, risalente all'8 giugno 1940 (56), *sia* al sistema che si creerebbe in Brasile nel caso di approvazione del Progetto senatoriale di codice di commercio (2013), attualmente in discussione (57), è *quello* di cui si è

(54) J.P. Schmidt, *op. ult. cit.*, pp. 167 e ss.

(55) L. Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province du Québec*, Paris, 1967, p. 934; per una considerazione sostanzialmente uguale, in rapporto al codice estense, v. G. Hamza, *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage*, Budapest, 2001, p. 192; per maggiori dettagli sui due testi, G.B. Portale, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo,* in *Rivista di diritto societario*, 2008, pp. 3 e ss.

(56) Esso era fortemente innovativo: perché, da un lato, era incentrato sull'imprenditore, sotto l'influenza, indiretta, di Wieland e, diretta, di Mossa; dall'altro, regolava i contratti necessariamente o naturalmente collegati all'esercizio di un'impresa commerciale, mentre le norme generali sulle obbligazioni commerciali venivano trasferite in un apposito libro (oggi: Libro IV - Delle obbligazioni); per tutti i riferimenti, cfr. G.B. Portale, *op. ult. cit.*, pp. 7 e ss.; adde: R. Teti, *Un diritto per gli imprenditori. Il diritto commerciale dalle codificazioni ottocentesche al codice civile del 1942*, 2018, Cap. IV e V.

(57) Questo Progetto – rispetto a quelli della Camera dei deputati del 2011: *supra* – raccoglie un maggior numero di materie. L'art. 1 precisa: "Questo codice disciplina, nell'ambito del diritto privato, l'organizzazione e l'esercizio dell'impresa e materie connesse, incluso il diritto societario, il diritto dei contratti di impresa, il diritto cambiario, il diritto dell'agronegócio, il diritto commerciale marittimo ed il diritto processuale dell'impresa". Per la correttezza dell'informazione, è da segnalare che il Progetto del 2011 è stato oggetto anche di forti critiche, talvolta di elevata rozzezza: v., ad es., H. Malheiros Duclerc Verçosa e R. Sztajn, *O projeto*, p. 5: "l'anteprogetto, come si nota dalla semplice lettura dei suoi articoli, non modernizza, non deburocratizza, non è moderno, né intelligente e certamente aggrava i conflitti che si propone di risolvere, dando luogo a nuove controversie […]. Nel fondo il progetto tratta l'imprenditore come se fosse sprovvisto di capacità di intendere […]"; è allegato allo scritto un "Manifesto per il rigetto del Código Comercial – PL 1.572/2011".

dotata l'Austria con la riforma del 2005 (con effetto dall'1 gennaio 2007). Con questa, il legislatore austriaco – mettendo definitivamente a riposo la figura del *Kaufmann* e trasferendo nell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* ("ABGB") la disciplina più civilistica – ha trasformato l'*Handelsgesetzbuch* (codice di commercio) in un *Unternehmensgesetzbuch* = UGB (codice dell'impresa), e cioè in un "*Sonderprivatrecht der Unternehmer*" (58), per il quale, "di regola, il diritto civile si applica in via sussidiaria", mentre accanto alle fonti legislative valgono pure il diritto consuetudinario e gli usi commerciali (59);

c) del terzo modello ho già fornito qualche indicazione: esso coincide con il *código civil y comercial de la Nación argentina*. L'art. 75, comma 12, della Costituzione del 1994, nello stabilire le "*Atribuciones del Congreso*", prevede che deve "*Dictar los Códigos Civil, Comercial* […] *en cuerpos unificados o separados* […]": da qui, appunto, l'emanazione del codice civile e commerciale del 2014 (60). In verità – è stato anticipato – l'unificazione ha avuto un percorso ben diverso da quello seguito dal legislatore brasiliano. Nel codice argentino l'unificazione è concentrata sulla teoria generale delle obbligazioni e dei contratti, nonché sull'inclusione nel corpo del codice di istituti tipicamente commercialistici (61). Anche se gli istituti del commerciante e degli atti di commercio non sono stati rimpiazzati, parecchi articoli – lo si è detto – fanno riferimento all'imprenditore (62) e, d'altra parte, molti contratti presuppongono la partecipazione dell'impresa (63). Per cui, *da un lato*, può ben essere condivisa l'affermazione che il nuovo fulcro del diritto commerciale è l'impresa; ma, *dall'altro*, permane appropriato il rilievo – formulato in presenza ancora del Progetto – che il *código* non contiene una regolamentazione adatta alle caratteristiche attuali dell'economia, facendo astrazione da una disciplina organica dell'impresa (64). Tutto questo non

(58) Un diritto speciale degli imprenditori, ossia "per alcuni soggetti privati e per quelli che con essi entrano in rapporto": si spiega così anche la sistemazione nel codice dell'impresa del diritto dei consumatori, dato che la sua applicazione presuppone che una delle parti sia un imprenditore.
(59) Come riconosce F. Bydlinski, S*onderprivatrechte – Was ist das?, in Festschrift für Walther Kastner zum 90. Geburtstag*, Wien, 1992, pp. 82 e ss. Diffusamente, e con ampie citazioni di dottrina, E. Artmann e H. Herda, in *Kommentar zum UGB*, I, a cura di P. Jabornegg e E. Artmann, Wien-New York, §1, numeri a margine 4-28, pp. 8-22, dove pure la citazione di Bydlinski.
(60) In vigore dall'1 agosto 2015.
(61) Come, ad es., i titoli di credito, pure dematerializzati: artt. 1830 e ss. del codice civile argentino.
(62) V., ad es., art. 320 del codice civile argentino, sull'obbligo della tenuta delle scritture contabili, e, fuori del codice, l'art. 1 della *Ley* n. 19.550 sulla definizione della società.
(63) Si pensi, solo, ai contratti bancari: artt. 1378-1420.
(64) I.A. Escuti, cit., p. 58; G. Costa Aguilar, *El impacto del nuevo Código civil y comercial de la Nación argentina en la autonomía del Derecho comercial*, cit., pp. 616-626, entrambi enfatizzando – tenuto presente l'art. 75, comma 12, Cost., la cui interpretazione, forse, potrebbe risultare formalistica – l'autonomia del diritto commerciale: con incisività, il secondo scrive che, "effettivamente, il diritto commerciale è un ramo autonomo del diritto, che ha un oggetto proprio e specifico, che richiede una regolamentazione fondata su principi speciali".

impedisce, *da una parte*, di riconoscere che il codice della Repubblica argentina – come in genere nei paesi che fanno parte del MERCOSUR – dimostra sensibilità ai temi del mercato, della concorrenza e della cooperazione (65); *dall'altra*, di reputare appropriata l'impressione che il *código* abbia una impostazione per princìpi, che si vorrebbero salvaguardare nel tempo: con la conseguente necessaria emersione di sistemi normativi settoriali, autonomi rispetto al testo principale, che ne risulta in questo modo integrato (66).

4. L'odierna autonomia e universalità del diritto commerciale nell'era della decodificazione e della frammentazione degli ordinamenti giuridici

Le precedenti riflessioni consentono, a questo punto, di dare una risposta di profilo generale (con portata, quindi, non circoscritta al *código* brasiliano) alla domanda se la fusione dei codici di diritto civile e di diritto commerciale producano effettivamente l'unificazione del diritto privato (67). Essa è che – come è già possibile intuire dal superiore discorso – dal punto di vista dommatico non ha alcun significato se una norma trovi posto in un codice civile o in un codice di commercio per poterne predicare la sua autonomia. La conseguenza è, allora, di dovere ammettere che – soprattutto per effetto della globalizzazione economica, che è anche giuridica – appare difficilmente negabile (mi è capitato altre volte di segnalarlo) che si è prodotta una vera "ricommercializzazione del diritto commerciale". Con la dovuta precisazione che quest'ultimo, dopo avere recuperato la caratteristica della universalità o "transnazionalità", che storicamente lo ha connotato, si presenta, oggi, come diritto privato dell'impresa (68), che – seguendo lo sviluppo dell'economia e avendo ormai acquisito, almeno in una certa misura, proprie fonti: fra le quali il diritto comparato, le consuetudini e gli usi del commercio internazionale – consente di andare oltre la stessa codificazione, con la creazione (e la recezione) di

(65) V., in apertura del codice, l'art. 11 sull'abuso di posizione dominante.

(66) Su questi ultimi profili, cfr. P. Masi, *Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina e "materia commerciale"*, cit., pp. 604 e 614; si veda, anche, A. Kemelmajer De Carlucci, *Codes et codification*, in *Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage*, a cura di B. Fauvarque-Cosson, D.P. Fernández Arroyo e J. Monéger, Paris, 2014, pp. 18-20, dove un censimento delle materie che sono state collocate in leggi settoriali: come, ad es., la citata *ley* 19.550 sulle società e la *ley* 24.240 sulla difesa del consumatore, che si aggiunge alle norme contenute nel codice, artt. 1092-1122.

(67) Nel diritto brasiliano, Gerson Luiz Branco afferma l'autonomia dogmatica del diritto commerciale nei confronti del diritto civile, a prescindere dal trattamento unificato o separato delle rispettive discipline. (G.L.C. Branco, *As obrigações contratuais civis e mercantis e o Projeto de Código Comercial*, in *Rev. Dir. Civ. Cont.*, vol. 1, 2014, pp. 2 e 12).

(68) Dunque: non è un diritto per tutti = "*kein 'Jedermanns-Recht*". Cfr. J.P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., p. 223.

nuovi schemi, nuovi concetti e nuove forme di responsabilità (69), come pure con la costruzione di nuove discipline (70). Diritto speciale in senso «forte», pertanto, che equivale ad un *diritto autonomo*, rispetto al diritto civile, costituendo insieme a questo due macrosettori del diritto privato generale (71).

Tutto questo senza negare che la c.d. decodificazione – di cui molto si continua a parlare (in particolare, nella letteratura latino-americana), ma senza contestare la permanente utilità (sistematica) e la vitalità della codificazione, seppure con il carattere di una congrua sobrietà rispetto al passato (72) – ha portato ad una frammentazione dell'ordinamento giuridico, ricco, ormai (proprio nell'età della decodificazione) di una abbondanza di codici (testi unici), dovuti all'implosione, appunto, dell'ordinamento, per il moltiplicarsi della legislazione settoriale (73). Di modo che risulta condivisibile la previsione che "il futuro del diritto commerciale sembra essere dunque nello sviluppo di discipline articolate e settoriali, ma pur sempre organizzate sotto forma di compilazioni organiche, testi unici o codici che dir si voglia" (74).

Nel contributo si analizzano alcuni profili della codificazione nell'America latina specie in relazione agli influssi europei. Una particolare attenzione è dedicata al novo Código civil *brasiliano del 2002. L'analisi vuole trovare conferma, attraverso lo studio dei diversi modelli di unificazione dei codici, che il diritto commerciale è da intendersi come diritto privato dell'impresa.*

The article analyses certain aspects of codification in Latin America, especially in relation to European influences. Particular attention is paid to the new Brazilian Civil Code of 2002. The analysis aims to confirm, through the study of different models of code unification, that commercial law is to be understood as private law governing businesses.

(69) Si pensi al caso, attualmente sottoposto alla cognizione dei giudici tedeschi, della responsabilità per lesione dei diritti umani da parte della società nazionale che, attraverso fornitori esteri (ma qualche volta per il tramite di una società figlia), acquista vestiario prodotto in paesi poveri con grave sfruttamento della manodopera minorile: sul problema, v., fra molti, G. Wagner, *Haftung für Menschenrechtsverletzungen*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2016, pp. 718-782; M.-Ph. Weller e Ch. Thomale, *Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen*, in *Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht*, 2017, pp. 509-526.

(70) Paradigmatica la vicenda dei c.d. contratti alieni: G. de Nova, *Contratti di impresa*, cit., pp. 243 e ss.

(71) Per i riferimenti, G.B. Portale, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 150.

(72) J.B. Villela, *Einführung zum neuen Brasilianischen Zivilgesetzbuch*, cit., p. 11.

(73) J.B. Villela, *op. loc. ult. cit.*

(74) D. Corapi, *L'idea di codice nell'insegnamento di Tullio Ascarelli e l'attuale evoluzione delle codificazioni nel diritto commerciale*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1298; P. Masi, *Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina e "materia commerciale"*, cit., p. 614.

Henrique Barbosa
(Presidente dell'IBRADEMP –
Instituto Brasileiro de Direito Empresarial)

Azioni correlate (*tracking stocks*) in Brasile e in Italia: costruzione giuridica ed esperienza di casi specifici*

Sommario: 1. Osservazioni introduttive e obiettivi dell'analisi. - **2.** Azioni *correlate* e azioni privilegiate nel sistema brasiliano: 2.1 I precedenti (o quasi precedenti) brasiliani: 2.1.1 Il caso "ECB" (*Tracking stock* in una società chiusa); 2.1.2 Il caso "VALE/LITEL" (struttura analoga in una società quotata in borsa). - **3.** Le azioni correlate in Italia: 3.1 Il caso "AIMAG S.p.A."; 3.2 Il caso "CAPE LIVE S.p.A.". ("*Azioni B*"); 3.3 I casi "FRIULIA" e "ATAF". - **4.** Considerazioni finali.

1. Osservazioni introduttive e obiettivi dell'analisi

Quello che a livello internazionale è noto come "*tracking stock*" (1) è una categoria di azioni che concretizza nella sua struttura un importante strumento finanziario a disposizione di società e investitori. In termini oggettivi, le *tracking stock* sono una categoria di azioni il cui valore e/o i cui dividendi sono legati a una specifica attività o divisione aziendale della società emittente, ma il loro rendimento e il loro prezzo non sono legati alla performance complessiva della società perché dipendono dai risultati di quella particolare attività o segmento statutariamente delimitato (2).

Le *tracking stock* rispondono all'accelerazione del processo globale di diversificazione delle imprese e di consolidamento dei gruppi aziendali. Le *tracking stock* hanno avuto origine nella legislazione statunitense a metà degli anni '80, con l'emissione da parte del gruppo *General Motors* di un'azione di "classe E" ("GM-E"), utilizzata all'epoca come merce di scambio nell'acquisizione del controllo di

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) Comunemente chiamati anche "*alphabet stocks*, "*letter stock*" o "*targeted stocks*".
(2) H.C. Barbosa, *Tracking Stocks: Ações Preferenciais e Dividendos Prioritários no Direito Brasileiro*, São Paulo, 2018.

Electronic Data Systems ("EDS"). Ciò ha consentito ai venditori di mantenere i benefici azionari indicizzati all'attività venduta, che da allora è entrata a far parte del conglomerato "GM" come una delle sue controllate. In breve, le azioni "GM-E", pur essendo emesse dalla stessa *General Motors* (*società* madre), garantivano ai rispettivi possessori dividendi legati esclusivamente ai risultati di "EDS" (controllata/sussidiaria), anche se legalmente apparivano come azionisti di quella società madre ("GM").

Essendosi rivelata di grande successo, l'operazione ha finito per dare origine a un nuovo movimento di mercato, replicato – in forma simile o adattata – da una serie di altre società o gruppi, assumendo un volume e una ripercussione maggiori soprattutto con la cosiddetta "febbre delle dotcom" della fine del XX secolo e la necessità di favorire il capitale e/o di delimitare il rischio e le aspettative di guadagno per le varie iniziative sviluppate.

A titolo esemplificativo, alcuni casi più emblematici sono le esperienze relative a *"Microsoft", "WorldCom", "Disney", "Sprint", "Alcatel"* e *"AT&T"*. Più recentemente, a riprova della contemporaneità e della continua utilità pratica dell'istituto, *DELL Computers* si è avvalsa di questa figura nell'acquisizione di "EMC", emettendo un *"tracking stock"* legato ai risultati di uno specifico software dell'azienda acquisita all'epoca ("EMC").

La gamma è vasta e oggi si applica anche al mondo dello sport, come nel caso di *Fantex Brands Inc.* che ha emesso *tracking stock* legati alle performance di specifici atleti su cui aveva effettuato un investimento. In realtà, l'utilità dei *tracking stock* è tale che nemmeno i Paesi dell'ex Unione Sovietica vi hanno rinunciato, come nel caso del gruppo ceco *NWR*, che ha segmentato i settori immobiliare e minerario in due classi di *tracking stock*, per superare le restrizioni normative del Paese in materia di estrazione mineraria.

La stessa *General Motors* ha ripetuto l'operazione, lanciando anni dopo un altro *tracking stock* di classe "GM-H", questa volta legato alla sua divisione aeronautica *Hughes Aircraft.*

Sebbene il modello utilizzato da *General Motors* nella sua emissione inaugurale rispecchiasse solo una delle numerose funzioni che le *tracking stock* possono perseguire, lo stesso era esplicativo dell'idea alla base dell'istituto che, come detto, incarna un tipo di partecipazione azionaria che *segue* o è legata alla performance finanziaria di una specifica unità aziendale, secondaria o a un investimento della società madre – che di solito è la società controllante – e non al risultato complessivo di questa società emittente.

Sebbene l'interesse economico delle "*tracking stocks*" sia legato ai frutti di una particolare divisione aziendale posta sotto l'ombrello dell'emittente, i detentori di questa speciale categoria di azioni rimangono formalmente azionisti solo di questa società sovrapposta (emittente), e quindi – almeno a priori – non hanno

alcuna interferenza legale o potenziale *rivendicazione* nei confronti dell'affiliata o dell'unità "tracciata" dall'azione titolata.

La logica alla base di questo strumento è l'idea che il mercato non sia sufficientemente efficiente per valutare o prezzare alcuni settori dell'attività, ed è comune che i gruppi aziendali abbiano unità con prestazioni economiche diverse in termini di redditività e di rispettiva attrattiva e/o domanda di investimenti. In questo contesto, l'emissione di azioni "settorizzate" (3) permette di evidenziare il *valore nascosto* di queste divisioni aziendali. In questo modo si rende possibile l'adesione di un maggior numero e/o di un diverso profilo di investitori e, di conseguenza, si aumenta la capacità di raccogliere i fondi necessari per il buon andamento della società emittente – o del gruppo – combinando così i benefici del finanziamento *azionario* con una struttura di controllo azionario stabile, data la limitazione – o l'eventuale azzeramento – dei diritti di voto dei sottoscrittori di queste "*tracking stock*" (4).

Ma oltre a essere un importante strumento finanziario per la capitalizzazione delle imprese, la moneta di scambio nelle operazioni di fusione e nelle acquisizioni (M&A) o la valutazione di un particolare ramo d'azienda, le *tracking stock* hanno anche una serie di altre potenziali vantaggi o utilità, quali: *i)* la strutturazione e il finanziamento di recuperações judiciais (5); *ii)* l'allocazione di interessi in gruppi e *joint venture*, con la segregazione degli investimenti e/o la semplificazione degli organigrammi societari (6); *iii)* la massimizzazione dei risultati o la sburocratizzazione delle operazioni di riorganizzazione aziendale (ad esempio: scissioni*, spin off* e/o *equity carve out*); o, tra le altre, *iv)* le misure di incentivazione o remunerazione per il management delle società emittenti.

In breve, come è già stato detto a proposito delle "*tracking stocks*", "*some see them as a five star a la carte meal; others see them as heartburn-inducing fast food. Perhaps investors need to ask themselves: which meal can I afford*".

Naturalmente, però, le *tracking stocks* non portano solo vantaggi. Da un punto di vista economico, sebbene alcuni studi dimostrino che l'annuncio della loro

(3) L'espressione "ações setorizadas" è utilizzata soprattutto in Portogallo, negli studi seminali sulle *tracking stock*.

(4) Jeffrey J. Haas, *Directorial fiduciary duties in a tracking stock equity structure: the need for a duty of fairness*, in *Michigan Law Review*, 1996: "*Operating on the assumption that the financial marketplace was not completely efficient in valuating their businesses, certain diversified corporations have adopted tracking stock equity structures in attempt to unlock the hidden, or unrecognised, value in those businesses*".

(5) Come sostituto, ad esempio, di un finanziamento DIP (*Debtor in Possession*) e di tutti i problemi che ne derivano (si veda di recente il famoso caso OAS).

(6) In Brasile, ad esempio, il mercato della produzione di energia elettrica è caratterizzato da organigrammi societari assolutamente complessi e farraginosi, spesso dovuti alla necessità di costituire una serie di SPEs collegate ai più diversi PCHs, a seconda dei partner locali o delle questioni contrattuali, immobiliari e/o normative in gioco. In teoria, questo problema potrebbe essere mitigato dall'emissione da parte delle holding di "*Tracking Stock*" legati a ciascuna unità di generazione.

emissione o di operazioni che coinvolgono questo tipo di azioni comportino un'immediata reazione positiva da parte del mercato e un conseguente apprezzamento del gruppo (7), altre analisi dimostrano che, nel lungo periodo, le stesse non generano un effettivo valore per la società emittente – quando non lo erodono – anche attraverso l'apprezzamento di quella particolare categoria di azioni.

Allo stesso modo, non si possono ignorare i potenziali problemi di agenzia e i rischi di abuso o di conflitto di interesse derivanti da investimenti o aspettative sempre più intensamente indirizzati verso singole società controllate o settori dell'azienda, che ovviamente non possono andare a discapito della capogruppo o del gruppo nel suo complesso.

In ogni caso, è certo che la rilevanza e i vantaggi del modello sembrano superare gli eventuali svantaggi, e la figura delle "*tracking stocks*" si è da tempo diffusa anche al di fuori del mercato statunitense, diventando oggetto di studio, di utilizzo o addirittura di codificazione da parte di molti ordinamenti dell'Europa continentale, come nel caso delle *azioni correlate* previste dall'art. 2.350 del Codice civile italiano (8).

Ed è proprio la costruzione e l'uso giuridico di questa figura nei sistemi brasiliano e italiano che verrà analizzata in questo breve testo.

2. Azioni *correlate* e azioni privilegiate nel sistema brasiliano

L'idea di associare l'investimento a un ambito specifico dei gruppi societari non è affatto estranea al sistema societario brasiliano. Al contrario, per quanto riguarda gli strumenti di debito, l'art. 58, comma 6, della L. 6.404/76 (legge societaria brasiliana) ammette espressamente che le obbligazioni emesse da una società possano avere una garanzia fluttuante legata ai beni di altre società che fanno parte del suo gruppo (9).

---

(7) J. Elder, Pankaj K. Jain, Jang-Chul Kim, *Do tracking stocks reduce information asymmetries? An analysis of liquidity and adverse selection*, in *The Journal of Financial Research*, 2005, Vol. 28, Issue 2, pp. 197-213.

(8) Ne è un esempio la vasta produzione finalizzata alle "*actions reflets*" (o "*actions traçantes*") che sono emerse in Francia e che, pur non essendo tipizzate dalla legge, sono frutto di un intenso dibattito e di una ricerca accademica e di interesse da parte degli operatori, proprio come si è visto in Germania, dove si è a lungo dibattuto sulle cosiddette "*spartenaktien*" e sulla loro armonizzazione con l'ordinamento giuridico e con il §11 dell'AktG, nonché sulla loro potenziale previsione espressa per *lege ferenda.* Negli ultimi anni, il mondo accademico portoghese ha prodotto numerosi articoli e monografie su quelle che ha scelto di chiamare "azioni settoriali", la maggior parte delle quali sono considerate armonizzabili con il Codice delle società commerciali.

(9) "*Art. 58: A debênture poderá, conforme dispuser a escritura de emissão, ter garantia real ou garantia flutuante, não gozar de preferência ou ser subordinada aos demais credores da companhia. [...] §6º As debêntures emitidas por companhia integrante de grupo de sociedades (artigo 265) poderão ter garantia flutuante do ativo de 2 (duas) ou mais sociedades do grupo*".

E la realtà non sembra essere diversa quando si tratta di strutture azionarie. Al contrario, la natura giuridica delle "*tracking stocks*" non è altro che un'azione privilegiata con un dividendo prioritario fisso, statutariamente delimitata in modo più o meno ampio dai frutti economici dello specifico asset tracciato, e non dal patrimonio complessivo della società emittente.

Come è noto, la legge che regola le società è indubbiamente foriera di soluzioni organizzative diversificate e incoraggia la creatività nella disciplina statutaria per il calcolo e la distribuzione dei dividendi, stabilendo come linea guida solo la necessità di chiarezza nella regolamentazione del modello prescelto (10). Adottando una lettura sistemica della L. 6404/76 (11), l'art. 17 elenca i benefici economici fondamentali che possono essere conferiti alle azioni privilegiate. Per comprendere e delimitare gli altri benefici non espressamente elencati, alla disposizione citata vanno aggiunte le disposizioni complementari degli artt. 15 (12), 19 (13), 111 (14) e 202 (15), in particolare per quanto riguarda: *i)* la possibilità di annullare,

---

(10) F.K. Comparato, *O direito ao dividendo nas companhias fechadas*, in *Direito Empresarial*, São Paulo, 1995, p. 164. "*Como segunda observação a essa norma, deve-se frisar que a lei deu aos acionistas a mais ampla latitude imaginativa para a fixação da base de cálculo do dividendo: poderá ela ser o lucro distribuível, o capital registrado ou qualquer outra cifra. A única exigência é a de precisão e minúcia, como se acabou de ver. Em relação a capital, nada, absolutamente nada impede que o estatuto determine servir como base de cálculo do dividendo, por exemplo, o capital autorizado ainda não subscrito, ou o subscrito embora não integralizado. São critérios precisos, que não contrariam os princípios legais, pois, de qualquer modo, "a companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro liquido do exercício" (art. 201). É escusado lembrar a obviedade de que a base de cálculo do dividendo não se confunde com a fonte de recursos para seu pagamento*".

(11) A. Lamy Filho, *Temas de S/A - Exposições e Pareceres*, Rio de Janeiro, 2007, p. 319: "*A Lei de S.A. – é bem repetir – constitui um sistema, e todos os seus dispositivos só podem entender-se quando analisados em relação aos demais pertinentes à matéria. O que violenta a racionalidade é admitir-se que possa haver acionista "privilegiado" no gozo dos direitos essenciais dos acionistas entre os quais o de participar dos lucros, condenado a assistir impotente à má gestão e ao desperdício do investimento que fez, sem direito de votar nas assembléias gerais, enquanto outro acionista com preferência a um dividendo fixo mínimo faria jus ao exercício do voto*".

(12) "*Art. 15 - As ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confiram a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição. §1º As ações ordinárias da companhia fechada e as ações preferenciais da companhia aberta e fechada poderão ser de uma ou mais classes. §2º O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinqüenta por cento) do total das ações emitidas*".

(13) "*Art. 19 - O estatuto da companhia com ações preferenciais declarará as vantagens ou preferências atribuídas a cada classe dessas ações e as restrições a que ficarão sujeitas, e poderá prever o resgate ou a amortização, a conversão de ações de uma classe em ações de outra e em ações ordinárias, e destas em preferenciais, fixando as respectivas condições*".

(14) "*Art. 111 - O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no artigo 109*".

(15) "*Art. 202 - Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omisso, a importância determinada de acordo com as seguintes normas:* […] *§1º O estatuto poderá estabelecer o dividendo como porcentagem do lucro ou do*

limitare o mantenere il voto delle azioni privilegiate (art. 111); *ii)* la limitazione meramente quantitativa posta alle azioni privilegiate, se soggette a restrizione o annullamento del diritto di voto (art. 15); *iii)* la disciplina degli eventi risolutivi o delle modifiche giuridiche (rimborso, conversione e/o ammortamento) e degli altri vantaggi e/o restrizioni consentiti ma non elencati per la tipologia di partecipazione (art. 19); e, infine, *iv)* l'ambito in cui si può esprimere l'autonomia statutaria per la regolamentazione della metodologia di calcolo e di pagamento dei dividendi attribuibili agli azionisti delle diverse categorie (art. 202, *caput* e §1).

In questo senso, mentre gli artt. 19 e 111 aggiungono diritti politico-patrimoniali alle azioni privilegiate, il ruolo dell'art. 202 e del suo comma 1 è principalmente quello di dare corpo finanziario e concretezza alla norma astratta e programmatica dell'art. 17. E lo fanno attraverso un'inequivocabile definizione delle modalità di calcolo dei dividendi. E lo fanno dando indiscutibilmente priorità alla libertà e all'autonomia statutaria, avallando in primo luogo l'aritmetica della misurazione dei dividendi – obbligatori o prioritari – come "*estabelecida no estatuto" (caput)* , che concede ampia libertà di "*estabelecer o dividendo como porcentagem do lucro ou do capital social, ou fixar outros critérios para determiná-lo*" (comma 1) , stabilendo solo che "*sejam regulados com precisão e minúcia e não sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria*" (16).

Per questo motivo, sebbene non siano espressamente riconosciute sotto questa denominazione, le *tracking stocks* sono senza dubbio ammesse dalla disciplina brasiliana delle società anonime.

2.1 I precedenti (o quasi precedenti) brasiliani

Per non rimanere nell'ambito della mera analisi teorica – ammesso che sia possibile vista la vasta casistica internazionale e i risvolti economici e finanziari dell'istituto – vale la pena di citare due casi brasiliani che, sebbene non siano pienamente emblematiche dell'utilizzo delle *tracking stock*, presentano senza dubbio spunti che confermano come il mercato brasiliano accetti e dia spazio a tale strumento.

Il primo caso riguarda una società chiusa che ha fatto ricorso a *tracking stock* nel contesto di un'operazione di riorganizzazione aziendale, che ha richiesto il preventivo superamento di alcuni ostacoli normativi (caso "ECB").

---

capital social, ou fixar outros critérios para determiná-lo, desde que sejam regulados com precisão e minúcia e não sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria […]".

(16) Per la riaffermazione di questa libertà contrattuale prevista dalla legge, si vedano i PAS/CVM 2007/10879 e 2007/13216, nella seguente dichiarazione del Reporting Director, Marcos Barbosa Pinto: "*Como se vê, a lei prescreve uma solução eminentemente contratual: dá liberdade para que a companhia fixe a parcela mínima dos lucros que deseja distribuir, mas exige que esse percentual seja estabelecido com "precisão e minúcia". Dessa forma, dá condições para que os investidores avaliem as ações que desejam adquirir*".

Il secondo caso, invece, pur non rispecchiando esattamente la tipologia dei *tracking stock*, vi si avvicina molto, e offre una particolare prospettiva di valorizzazione di un asset secondario. Il caso riguardava una società aperta o, per meglio dire, una società "semi aperta", dato che, pur essendo iscritta alla categoria A, le sue azioni non erano negoziate in borsa. All'epoca, l'obiettivo era quello di sfruttare una capitalizzazione *una tantum* dell'emittente, i cui proventi sarebbero stati reinvestiti in una controllata, che a sua volta avrebbe sottoscritto azioni di un'altra controllata. Data la diversità delle società in cui la società aveva partecipazioni, tuttavia, il prezzo e i dividendi delle azioni emesse avevano un tetto di riferimento legato a quello della società veicolo utilizzata (caso "VALE/LITEL").

Il problema era che, trattandosi di una concessionaria pubblica, il cambio di controllo di "TEBE" richiedeva il consenso dell'ente amministrativo concedente (17), rappresentato in questo caso dall'Agenzia statale dei trasporti di San Paolo ("ARTESP").

2.1.1 *Il caso "ECB" (*Tracking stock *in una società chiusa)*

L'Empresa Construtora Brasil S.A. ("ECB") ha utilizzato le *tracking stock* nel contesto di una riorganizzazione societaria combinata con un cambio di controllo di una delle sue partecipate. Lo scopo di "ECB" era quello di realizzare lavori di ingegneria e di edilizia pesante, operando sul territorio nazionale principalmente attraverso consorzi e partnership, in cui appariva come membro principale del consorzio e/o partner di riferimento. Oltre a queste partnership, "ECB" controllava anche "Concessionária de Rodovias TEBE S.A." ("TEBE"), responsabile della gestione di tratti della rete stradale dello Stato di San Paolo.

A un certo punto, gli azionisti di "ECB" hanno avviato delle trattative con l'obiettivo di vendere il controllo della società, ma l'operazione non avrebbe coinvolto la controllata "TEBE" che sarebbe rimasta di proprietà esclusiva degli ex azionisti di controllo venditori e avrebbe dovuto quindi essere scorporata dalle attività del gruppo.

Il problema era che, trattandosi di una concessionaria pubblica, il cambio di controllo di "TEBE" richiedeva il consenso dell'ente amministrativo concedente, rappresentato in questo caso dall'Agenzia statale dei trasporti di San Paolo ("ARTESP").

In considerazione di ciò, pur rispettando la legge e consentendo il flusso finanziario derivante dall'operazione, fino all'ottenimento dell'autorizzazione governativa per il cambio di controllo, la soluzione trovata è stata l'emissione di *tracking*

(17) Come previsto dall'art. 27 della L. 8.987/95, ratificato dalla clausola 1.1.1 del Contratto di Concessione sottoscritto: "*Art. 27 - A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão*".

stocks da parte della società controllante. La "ECB" ha emesso "azioni privilegiate di classe A", sottoscritte esclusivamente dagli azionisti di controllo originari, che avevano diritti di voto limitati sulle questioni generali della società, ma ampi diritti di voto sulle questioni relative a "TEBE", e il diritto di veto sulle decisioni di riorganizzazione aziendale. Inoltre, le "azioni privilegiate di classe A" avevano priorità nel ricevere un dividendo fisso e cumulativo, calcolato sulla base del 100% (cento per cento) dei dividendi distribuiti e pagati alla società, direttamente e/o indirettamente da "TEBE", che potevano essere pagati dalle riserve di capitale, ai sensi dell'art. 17, §6 della Legge brasiliana sulle società per azioni. Infine, avevano priorità nel rimborso, fino al valore del capitale proprio, calcolato con il metodo dell'equivalenza, corrispondente all'investimento in "TEBE" (18).

---

(18) "*Capitale sociale e azioni. Articolo 5 - O Capital Social é de R$94.717.457,86 (noventa e quatro milhões, setecentos e dezessete mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e sessenta e seis centavos), totalmente subscrito e integralizado, representado por 100.185.267 (cem milhões, cento e oitenta e cinco mil, duzentos e sessenta e sete) ações nominativas, indivisíveis e sem valor nominal, sendo (i) 53.833.092 ações ordinárias, (ii) 34.601.360 (trinta e quatro milhões, seiscentas e uma mil, trezentas e sessenta) ações preferenciais classe "A", (iii) 5.875.410 (cinco milhões, oitocentas e setenta e cinco mil, quatrocentas e dez) ações preferenciais classe "B", e (iv) 5.875.405 (cinco milhões, oitocentas e setenta e cinco mil, quatrocentas e cinco) ações preferenciais classe "C", todas de emissão da Companhia [...]. Articolo 6 - As ações preferenciais serão nominativas, indivisíveis, sem valor nominal e com os direitos e restrições estabelecidos a seguir: I – Ações Preferenciais Classe "A": I.1) As ações preferenciais classe "A" não contarão com o direito de voto, exceto quando a matéria em deliberação pela Assembleia Geral da Companhia estiver relacionada à Concessionária de Rodovias Tebe S.A., sociedade anônima fechada, inscrita no CNPJ/ MF sob o nº 02.380.162/0001-28, com sede na Rodovia Brigadeiro Faria Lima, km 382, s/n, Zona Rural, Bebedouro/SP, CEP 14.713-000 (doravante denominada "TEBE"), que é uma controlada da Companhia. Os titulares das ações preferenciais classe "A" contarão com pleno direito de voto nas deliberações que envolverem matéria relacionada com a TEBE, exceto com relação a matérias que envolvam a realização de operações de fusão, cisão, incorporação e/ou trespasse pela Companhia, mesmo que essa operação seja relacionada à TEBE. Os titulares das ações preferenciais classe "A" poderão deliberar, por maioria dos acionistas detentores de ações preferenciais classe "A", por vetar qualquer decisão tomada com relação à TEBE. As ações preferenciais classe "A" poderão conferir aos seus titulares o direito de recebimento de dividendos relativos à totalidade do valor recebido pela Companhia de uma eventual alienação da TEBE a terceiros pela Companhia, sendo que referida alienação somente poderá ser realizada se aprovada pela totalidade dos acionistas titulares de ações ordinárias de emissão da Companhia. I.2) As ações preferenciais classe "A" terão prioridade no reembolso de capital, inclusive sobre as ações preferenciais classe "B" e ações preferenciais classe "C", até o valor patrimonial, apurado pelo método de equivalência patrimonial, correspondente ao investimento da Companhia na TEBE, e terão prioridade no recebimento de dividendo fixo e cumulativo, calculado com base em 100% (cem por cento) dos dividendos distribuídos e pagos à Companhia, direta e/ou indiretamente, pela TEBE. Os dividendos fixos e cumulativos conferidos às ações preferenciais classe "A" poderão ser pagos mediante utilização de reservas de capital, nos termos do artigo 17, § 6º, e 200, inc. V, da Lei nº 6.404/76, nos exercícios em que a Companhia não tenha acumulado lucro suficiente para seu pagamento, se assim deliberado pelos acionistas titulares de ações preferenciais classe "A". II – Ações Preferenciais Classe "B": II.1) As ações preferenciais classe "B" não contarão com o direito de voto. II.2) As ações preferenciais classe "B" terão prioridade no reembolso de capital, sem prêmio, até o valor patrimonial correspondente à proporção de que representam no patrimônio líquido da Companhia, e terão prioridade no recebimento de dividendos fixos, não cumulativos e anuais, no valor de R$0,0001 (um décimo milésimo de real) por*

Questo assetto proprietario durò fino a quando "ARTESP" ha autorizzato il cambio di controllo di "Concessionária de Rodovias TEBE S/A" a "Bonsucesso Participações Societárias" (19), a quel punto "RCB" ha riscattato tutte le "azioni privilegiate di classe A", mediante riduzione del proprio capitale sociale e consegna a "Bonsucesso" – titolare delle *tracking stocks* riscattate – di tutte le azioni detenute in "Concessionária de Rodovias Tebe S.A" (20).

---

ação preferencial classe "B". III – Ações Preferenciais Classe "C": III.1) As ações preferenciais classe "C" não contarão com o direito de voto. III.2) As ações preferenciais classe "C" terão prioridade no reembolso de capital, inclusive sobre as ações preferenciais classe "B", sem prêmio, até o valor patrimonial correspondente à proporção de que representam no patrimônio líquido da Companhia, e terão prioridade no recebimento de dividendos fixos, não cumulativos e anuais, no valor de R$0,00015 (um décimo quinto milésimo de real) por ação preferencial classe "C". Parágrafo Primeiro – As ações preferencias classe "B" e classe "C" são conversíveis em ações ordinárias, a qualquer tempo, mediante deliberação, em Assembleia Geral, da maioria das ações ordinárias da Companhia. Parágrafo Segundo – As ações preferenciais classe "A" não estarão sujeitas ao Direito de Venda Conjunta e/ou à Obrigação de Venda Conjunta, conforme previstos nas Seções II e III do Capítulo V deste Estatuto Social. Parágrafo Terceiro – As ações preferenciais classe "A", classe "B" ou classe "C" adquirirão direito de voto caso a Companhia deixe de pagar por 3 (três) exercícios consecutivos os dividendos fixos a que fizerem jus, direito que conservarão até que sejam pagos os dividendos cumulativos em atraso. Parágrafo Quarto – Até 2/3 (dois terços) do total de ações que compõem o capital social, poderão ser emitidas ações preferenciais nominativas, sem direito a voto".

(19) Secondo il verbale della 542ª riunione del Consiglio di Amministrazione di ARTESP del 2013.

(20) Secondo il verbale dell'Assemblea del 30 luglio 2014: *"*[…] *(iv) Aprovar o resgate da totalidade das 34.601.360 (trinta e quatro milhões, seiscentos e uma mil, trezentos e sessenta) ações preferenciais classe "A" de emissão da Companhia, todas nominativas, sem valor nominal e tituladas exclusivamente pela acionista Bonsucesso, avaliadas por seu valor patrimonial contábil em R$ 37.555.998,65 (trinta e sete milhões, quinhentos e cinquenta e cinco mil, novecentos e noventa e oito reais e sessenta e cinco centavos), conforme consta das demonstrações financeiras da Companhia, de modo a retirá-las de circulação definitivamente. Tendo em vista que os direitos políticos e patrimoniais das ações preferenciais classe "A" são vinculados diretamente ao investimento da Companhia na Concessionárias de Rodovias Tebe S.A. ("TEBE"), conforme estabelecido no Estatuto Social da Companhia, a devolução do capital em razão do resgate das ações preferenciais classe "A" será realizado mediante a entrega: i) da totalidade das ações que a Companhia detém na TEBE, cuja avaliação pelo critério patrimonial contábil na Companhia corresponde a R$ 33.930.943,12 (trinta e três milhões, novecentos e trinta mil, novecentos e quarenta e três reais e doze centavos); ii) R$ 3.625.055,36 (três milhões, seiscentos e vinte e cinco mil e cinquenta e cinco reais e trinta e seis centavos) mediante transferência do crédito em favor da Companhia relativo a dividendos declarados e ainda não pagos pela TEBE nesse mesmo valor; e iii) R$ 0,17 (dezessete centavos) em moeda corrente nacional. O resgate é realizado mediante redução do capital social da Companhia em R$ 37.555.998,65 (trinta e sete milhões, quinhentos e cinquenta e cinco mil, novecentos e noventa e nove reais e sessenta e cinco centavos), nos termos do art. 44, §1°, da Lei n° 6.404/76, passando o capital social atualmente de R$ 134.154.632,19 (cento e trinta e quatro milhões, cento e cinquenta e quatro mil, seiscentos e trinta e dois reais e dezenove centavos) para R$ 96.598.633,54 (noventa e seis milhões, quinhentos e noventa e oito mil, seiscentos e trinta e três reais e cinquenta e quatro centavos). Tendo em vista que, após os aumentos de capital aprovados nas alíneas (ii) e (iii) desta Ata e a redução de capital decorrente do resgate das ações preferenciais classe "A", o capital social da Companhia será mantido em valor idêntico ao capital social verificado anteriormente a esta Assembleia, sem gerar, portanto, qualquer prejuízo a credores ou outros terceiros, fica dispensada a publicação disposta no art. 174 da Lei n° 6.404/76, inclusive conforme Entendimento da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais ("JUCEMG"), sob o n° 029, aprovado na 4333ª Sessão Ordinária do Plenário da JUCEMG,*

2.1.2 *Il caso "VALE/LITEL" (struttura analoga in una società quotata in borsa)*

Come già accennato, il caso "VALE/LITEL" può essere considerato un "quasi-precedente" per le *tracking stock* delle società brasiliane quotate in borsa. Infatti, sebbene la società sia stata registrata presso la CVM nell'ottobre 1995 e sia diventata una società quotata in borsa il 1° gennaio 2010, le sue azioni non sono mai state negoziate sul Bovespa ("B3"), ma solo sul mercato regolamentato over-the-counter.

Inoltre, ciò che emerge dall'operazione in questione è che l'idea iniziale fosse quella di un finanziamento ibrido tramite capitale proprio, con l'emissione di azioni privilegiate, con un certo e predefinito traguardo di liquidità per gli investitori strategici.

La peculiarità che avvicina notevolmente le azioni di "classe C" emesse da "LITEL" al modello delle *tracking stock* è che il sistema di distribuzione dei dividendi nel periodo tra il collocamento e il rimborso aveva una base di calcolo speciale delimitata dallo statuto, ma allo stesso tempo legata al tetto dei dividendi distribuiti da una specifica controllata della società ("LitelB").

Per comprendere meglio il caso, è importante operare una breve ricostruzione storica. "LITEL" è stata costituita nel 1995, in occasione dell'asta di privatizzazione di "VALE", per riunire le partecipazioni precedentemente collocate nei fondi pensione "Previ", "Petros", "Funcesp" e "Fundação Cesp" della società ("VALE"), quando "LITEL" è entrata a far parte del blocco di controllo attraverso la sua partecipata "Valepar". Nel 2008, in vista dell'offerta pubblica di azioni da parte di "VALE", "LITEL" ha deciso di consolidare la sua posizione di controllo in "Valepar" esercitando il diritto di prelazione per la sottoscrizione delle azioni oggetto dell'offerta. A tal fine, "LITEL" ha effettuato un richiamo di capitale, il cui ricavato è stato investito nella sua controllata "LitelB", che a sua volta ha acquisito nuove azioni privilegiate in "Valepar", in modo che quest'ultima potesse infine sottoscrivere le azioni ordinarie emesse da "VALE", garantendo il controllo indiretto nella successione piramidale partecipativa (21). In questo modo, il ma-

---

em 22 de dezembro de 2009. O resgate das ações é realizado com a concordância expressa da Bonsucesso que aprova expressamente o cancelamento de suas ações preferenciais classe "A" de circulação, conforme Assembleia Geral Especial, realizada nesta mesma data, nos termos do art. 44, §6°, da Lei n° 6.404/76. As ações ora resgatadas encontram-se livres e desembaraçadas de quaisquer ônus, gravames ou restrições, sendo o resgate realizado sem a sub-rogação ou imposição de qualquer ônus, gravame ou restrição […]".

(21) La giustificazione e la strutturazione dell'aumento di capitale sono state presentate come segue dalla direzione di "LITEL": "*A Valepar, na qualidade de acionista controladora, detentora de 53,3% do capital ordinário da Vale, tem intenção de exercer seu direito de prioridade na subscrição de ações a serem emitidas na Oferta, de forma a manter sua participação atual. Para que a Valepar tenha recursos para exercer a prioridade na Oferta, os acionistas da Valepar e terceiros subscreverão e integralizarão novas ações de emissão da Valepar. Considerando a participação de LITEL em Valepar, correspondente a*

nagement di "LITEL" ha proposto di aumentare il proprio capitale emettendo azioni privilegiate riscattabili, denominate "azioni privilegiate di classe C", che non avevano diritto di voto, ma davano diritto a dividendi cumulativi fissi. Tali azioni sarebbero state parzialmente riscattabili ogni sei mesi, nel periodo compreso tra maggio 2011 e novembre 2015, cosa che è stata effettivamente fatta, con la liquidazione dell'ente in occasione dell'Assemblea dei soci del 5 novembre 2015.

Nel frattempo, però, le azioni di "classe C" avevano maturato il diritto a dividendi calcolati con un'ingegnosa formula di riferimento, basata su un parametro comparativo al prezzo di emissione, limitato però "*ao valor efetivamente recebido pela Companhia à título de dividendos fixos cumulativos a serem distribuídos pela "LitelB Participações S.A*", una società veicolo utilizzata per capitalizzare la controllata indiretta ("VALE"), posta alla base della piramide" (22).

58,07% (cinqüenta e oito vírgula zero sete por cento) do capital social da Valepar, a Litel teria o direito de aportar até, aproximadamente, R$ 4,5 bilhões. Porém, a Litel tem interesse em aportar, no máximo, R$ 1.860.580.409,00 (hum bilhão, oitocentos e sessenta milhões, quinhentos e oitenta mil e quatrocentos e nove reais) no aumento de capital da Valepar. Diante do exposto acima, a Litel, a partir do exercício do seu direito de preferência de acordo com a referida regra de proporção, se obrigou a adquirir até 32.078.973 novas ações preferenciais classe C de emissão da Valepar, totalizando R$ 1.860.580.434,00 (hum bilhão, oitocentos e sessenta milhões, quinhentos e oitenta mil, e quatrocentos e trinta e quatro reais). Como a Litel adquirirá essas ações por meio de sua sociedade controlada denominada Litelb Participações S.A. ("Litelb"), fez-se necessário capitalizar a Litelb para que esta dispusesse da importância necessária a aquisição das ações da "Valepar".

(22) Lo Statuto della "LITEL" definiva le azioni privilegiate di "classe C" come segue: "*ARTIGO 5º O capital social é de R$ 7.106.480.728,52 (sete bilhões, cento e seis milhões, quatrocentos e oitenta mil, setecentos e vinte e oito reais e cinquenta e dois centavos), dividido em 283.286.369 (duzentos e oitenta e três milhões, duzentas e oitenta e seis mil, trezentas e sessenta e nove) ações, sendo 247.128.345 (duzentas e quarenta e sete milhões, cento e vinte e oito mil, trezentas e quarenta e cinco) ações ordinárias, 730 (setecentas e trinta) ações preferenciais de classe A, 28.385.274 (vinte e oito milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, duzentas e setenta e quatro) ações preferenciais de classe B e 7.772.020 (sete milhões, setecentas e setenta e duas mil e vinte) ações preferenciais de classe C, todas sob a forma escritural, sem valor nominal.* **[...]** *Parágrafo 4º - As ações preferenciais de classe C conferirão aos seus titulares todos os direitos atribuídos pelo estatuto social às ações ordinárias da Companhia, com exceção do direito de voto, gozando das seguintes vantagens:* ***a)*** *farão jus a dividendos fixos cumulativos a serem pagos semestralmente, a partir do ano de 2009, entre o último dia útil do mês de abril e os 5 (cinco) primeiros dias do mês de maio, bem como entre o último dia útil do mês de outubro e os 5 (cinco) primeiros dias de novembro;* ***b)*** *o dividendo fixo cumulativo a ser pago a cada semestre será o valor em reais equivalente ao ParâmetroPré (conforme definido abaixo) multiplicado por R$ 193,00 (cento e noventa e três reais), limitado ao valor efetivamente recebido pela Companhia à título de dividendos fixos cumulativos a serem distribuídos pela Litelb Participações S.A.; Parâmetro Pré = {(1 + Taxa Pré-)$^{(N/252)}$ - 1)}, onde: TaxaPré = 16,00% (dezesseis por cento); e "N = para a primeira data de pagamento de dividendos fixos cumulativos, o número de dias úteis decorridos entre a data de integralização das ações preferenciais de classe C (inclusive) e a primeira data de pagamento de dividendos fixos cumulativos (exclusive), e, para as demais datas de pagamento de dividendos fixos cumulativos, o número de dias úteis decorridos entre a data de pagamento de dividendos fixos cumulativos imediatamente anterior (inclusive) e a data de pagamento de dividendos fixos cumulativos imediatamente subseqüente (exclusive)";* ***c)*** *terão prioridade, em cada período, (x) em relação às ações ordinárias e às ações preferenciais de classes A e B de emissão da*

Le azioni di "classe C" sono state emesse senza valore nominale, al prezzo di 193,00 reais ciascuna, e la maggior parte dell'importo raccolto (circa il 99,999935% dell'emissione) è stato destinato alla riserva di capitale (23). Tale

---

Companhia no recebimento do dividendo fixo cumulativo previsto no item (b) acima, e (y) em relação às ações ordinárias e às ações preferenciais de classes A no resgate; ***d)*** *serão resgatáveis parcialmente, conforme previsto no item (e) abaixo, e não serão conversíveis em qualquer outra espécie ou classe de ação de emissão da Companhia;* ***e)*** *as ações preferenciais de classe C serão resgatadas, parcialmente, pelo valor de R$ 193,00 (cento e noventa e três reais) por ação preferencial de classe C, nas datas estabelecidas na tabela abaixo. Os dividendos fixos cumulativos eventualmente programados para serem pagos às ações preferenciais de classe C e não realizados até a época do resgate deverão ser declarados e pagos até o dia útil anterior à data do resgate parcial da ação preferencial de classe C:* **[...]** ***f)*** *Na primeira vez em que a Companhia descumprir as obrigações de pagamento dos dividendos fixos cumulativos e/ou de resgate parcial das ações preferenciais de classe C nos prazos e datas previstos no item (e) acima, o valor programado e não pago ou resgatado, apurado na data em que se configurou o respectivo descumprimento, será equivalente à "TaxaPré" definida no item (b) acima, e acrescido de 2% ao ano, até a data de efetivo pagamento integral do valor programado e não pago ou resgatado. Caso o valor programado e não pago ou resgatado, não seja pago ou resgatado integralmente até a próxima data de pagamento prevista no item (e) (inclusive), tal primeiro descumprimento caracterizará um segundo descumprimento, pelo que serão aplicadas as regras previstas no item (g) abaixo;* ***g)*** *A partir do segundo descumprimento, consecutivo ou não, em que a Companhia deixar de pagar os dividendos fixos cumulativos e/ou de resgatar qualquer lote de ações preferenciais de classe C nos prazos e datas previstos item (e): i) a TaxaPré, definida no item (b), de cada período subseqüente a um a período no qual não tenha sido realizado um pagamento programado às ações preferenciais de classe C, seja a título de dividendos fixos cumulativos ou de resgate, será majorado em 2% (dois por cento) ao ano, aplicado para o período compreendido entre a data em que se configurou o segundo inadimplemento em questão e o seu pagamento integral; e ii) o valor dos dividendos fixos cumulativos e/ou resgate não realizado na data programada será (a) apurado na data em que se configurou o respectivo não pagamento; e (b) a partir de então, e até o seu pagamento integral, corrigido pelo maior valor entre: (x) TaxaPré acrescida de 2% (dois por cento ao ano); e (y) taxa de remuneração em reais equivalente ao rendimento anual médio do título de emissão da Vale vincendo em 2036 (cód. ISIN: US91911TAH68), rendimento este calculado sobre o período de observação de 5 (cinco) dias úteis imediatamente anteriores à data em que o pagamento do dividendo fixo cumulativo e/ou resgate deveriam ter sido realizados, com base na cotação média fornecida por 3 (três) bancos de primeira linha, acrescido de 2% (dois por cento) ao ano. Os valores a serem pagos às ações preferenciais de classe C por força do ora disposto constituirão um acréscimo ao dividendo fixo cumulativo a que fizerem jus as ações preferenciais de classe C em questão;* ***h)*** *No caso de o último dia para i) o pagamento de qualquer dividendo fixo cumulativo a qualquer ação preferencial de classe C ou ii) resgate de qualquer ação preferencial de classe C ocorrer em um dia que for feriado na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, a data final para pagamento do respectivo dividendo fixo ou resgate será transferida para o próximo dia útil na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro; e* ***i)*** *O resgate das ações preferenciais de classe C, em todas e quaisquer hipóteses de resgate previstas neste Estatuto Social, será implementado, nos termos aqui previstos, independentemente de aprovação por Assembléia Geral ou Especial, restando a Diretoria autorizada a praticar todos os atos necessários à sua implementação.* [...]".

(23) Secondo il verbale dell'Assemblea degli azionisti di "LITEL": "*Deliberações aprovadas por unanimidade 5.1. A administração da Companhia submeteu à apreciação dos acionistas, proposta de aumento do seu capital social e justificativa para a determinação do preço de emissão das novas ações a serem emitidas, as quais foram lidas e analisadas por todos os acionistas presentes. Nos termos da proposta e justificativa apresentadas, o capital social da Litel deverá ser aumentado em R$1.860.580.409,00 (hum bilhão e oitocentos e sessenta milhões, quinhentos e oitenta mil e quatrocentos e nove reais), mediante a emissão de 9.640.313 (nove milhões, seiscentos e quarenta mil, trezentos e treze) ações preferenciais resgatáveis, as*

riserva sarebbe stata utilizzata esclusivamente per effettuare i pagamenti dei futuri rimborsi delle azioni emesse in quel momento. Inoltre, per le azioni di "classe C" è stato stabilito per legge un rafforzamento della liquidità, attraverso un'assegnazione minima alle riserve di utili, dopo il pagamento dei dividendi prioritari spettanti alle azioni di classi privilegiate già esistenti (24).

La logica dell'operazione era che, possedendo altri investimenti e considerando la destinazione esclusiva delle somme raccolte, "LITEL" sarebbe stata in grado di offrire agli investitori l'opportunità di indirizzare le risorse verso un business pre-identificato in grado di meglio valutare il loro rendimento – sbloccando di riflesso l'eventuale valore nascosto – precludendo loro dal partecipare ai frutti di altre imprese con il capitale delle quali non erano in competizione ma che avrebbero potuto sottrarre asset agli investitori originari. Il tutto senza rinunciare alla struttura piramidale e multi-investimento in cui era inserita.

Quello che vediamo, quindi, è un insieme di ingredienti tipici delle *tracking stocks*, a conferma della loro utilità e ricettività da parte del mercato nazionale brasiliano.

---

quais serão denominadas Ações Preferenciais de Classe C, todas sob a forma escritural, e sem valor nominal, ao preço de R$ 193,00 (cento e noventa e três reais) cada uma. Do valor total do aumento de capital social da Companhia proposto acima, o montante de R$ 117.922,45 (cento e dezessete mil, novecentos e vinte e dois reais e quarenta cinco centavos) será destinado ao capital social, e, o valor restante, integralmente destinado à reserva de capital, que será exclusivamente utilizada pela Companhia para realizar os pagamentos relativos aos resgates devidos às ações preferenciais classe C ora emitidas".

(24) Ciò è stato stabilito nella parte finale dell'art. 28 dello Statuto della "LITEL" che, in combinato disposto con l'articolo 27, ha previsto il seguente sistema per la distribuzione e il pagamento dei dividendi: "*ARTIGO 27. Do lucro líquido do exercício serão aplicados, antes de qualquer destinação, 5% (cinco por cento) na constituição de Reserva Legal, que não excederá a 20% (vinte por cento) do Capital Social. A constituição da Reserva Legal poderá ser dispensada no exercício em que o saldo dela, acrescido do montante das reservas de capital, exceder a 30% (trinta por cento) do Capital Social. Em seguida, ainda do lucro líquido, serão destacados, se necessário, os valores destinados à formação de Reservas para Contingências e a de Lucros a Realizar, tudo consoante o disposto no art. 202, incisos I, II e III da Lei 6.404/76. ARTIGO 28. O saldo restante do lucro líquido terá as seguintes destinações, a serem realizadas decrescentemente e nessa ordem, conforme aprovado pela Assembléia Geral Ordinária: i) 25% (vinte e cinco por cento) ou o percentual necessário para cumprir o disposto nos itens (a), para remuneração dos acionistas a título de dividendo anual mínimo obrigatório, que será destinado na seguinte ordem: a) parcela correspondente aos dividendos fixos cumulativos devidos às ações preferenciais de classe C no exercício (incluindo o valor do dividendo fixo cumulativo relativo ao período em curso calculado pro rata temporis), bem como ao saldo de dividendos fixos cumulativos programados que não tiverem sido pagos às ações preferenciais de classe C; e b) a parcela remanescente será destinada primeiramente ao pagamento do dividendo mínimo fixo das ações preferenciais classe A e, em seguida, ao pagamento das ações ordinárias e ações preferenciais de classes A e B; e ii) parcela correspondente a até 100% (cem por cento) do lucro líquido que remanescer à reservas de lucros da Companhia, em valor que se mostre necessário para que as reservas de lucros registradas no balanço da Sociedade somem 50% (cinqüenta por cento) do saldo da soma do valor a resgatar das ações preferenciais de classe C e dos dividendos fixos cumulativos devidos às ações preferenciais de classe C e não pagos, conforme apurados na data em que a Assembléia Geral aprovar a destinação do lucro líquido do exercício*".

3. Le azioni correlate in Italia

L'accoglienza delle *tracking stock* da parte della legislazione italiana è alquanto paradossale. Sebbene l'Italia sia stato l'unico Paese europeo a sostenere l'introduzione delle *tracking stock*, non risulta che la questione sia stata dibattuta in precedenza in modo acceso (25). A parte qualche sporadico accenno (26) più o meno contemporaneo alle discussioni che hanno portato alla riforma del diritto societario del 2003, il tema è entrato nell'agenda dei dibattiti della dottrina giuscommercialistica solo con la nuova formulazione data all'art. 2.350 del Codice civile (27).

Con la nuova diposizione, il diritto societario italiano ammette ora espressamente la possibilità di una correlazione specifica di un bene o di un settore di attività a determinate categorie di azioni, a condizione che lo statuto non solo individui tale settore, ma descriva anche i parametri necessari per misurarne i risultati ed evidenzi i diritti e le condizioni attribuibili alle rispettive azioni.

Allo stesso modo, ha corroborato la prassi secondo cui, anche per tali azioni, i dividendi possono essere pagati solo in presenza di utili complessivamente accertati dall'emittente, e non solo dal settore – tranne in caso di riserve o contropartite contabili e statutariamente ammesse, come già accade nel sistema brasiliano. La dottrina haindicato questo strumento come *azioni correlate* (28).

---

(25) M. Ventoruzzo, *Esperimenti di diritto comparato: la recente riforma italiana e le dubbie virtù di un mercato delle regole in assenza di un'effettiva concorrenza normativa*, Università Bocconi. Istituto di Diritto Comparato "Angelo Sraffa" (IDC). Documento di ricerca sugli studi giuridici, p. 13.
(26) M. Lamandini, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali. Le prospettive di riforma*, Milano, 2001.
(27) "Art. 2350 - Diritto agli utili e quota di liquidazione. Ogni azione attribuisce il diritto a una quota proporzionale degli utili e del patrimonio netto risultanti dalla liquidazione, salvo i diritti stabiliti a favore di speciali categorie di azioni. Al di fuori dei casi descritti nell'art. 2447bis, la società può emettere azioni costituite da diritti patrimoniali relativi ai risultati dell'attività della società in un determinato settore. Lo statuto stabilisce i criteri per l'individuazione dei costi e degli utili attribuibili al settore, le modalità di pagamento, i diritti attribuiti a tali azioni, nonché le eventuali condizioni e modalità di conversione in azioni di categoria diversa. I dividendi non possono essere corrisposti ai titolari delle azioni previste dal comma precedente se non nei limiti delle utilità risultanti dal capitale sociale".
(28) M. Colonnelli De Gasperis, *Azioni correlate. Tracciamento dei titoli azionari*, Napoli, 2010, p. 19. «*Nell'ordinamento giuridico italiano, ai sensi del nuovo articolo 2350, comma 2, del codice civile, le azioni correlate sono definite come "azioni fornite di diritti patrimoniali connessi ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore". La previsione legislativa di tale istituto rientra nell'ambito della disciplina degli strumenti di partecipazione sociale e si colloca tra le innovazioni volte a rendere le forme di finanziamento societario per azioni più efficienti, flessibili e anche meglio rispondenti alle esigenze degli investitori e del mercato dei capitali. Il legislatore ha, infatti, creato uno strumento di partecipazione che offre l'opportunità di un investimento remunerato in funzione della produttività di uno specifico settore di attività sociale. La caratteristica principale della disciplina di tali azioni è l'unicità della clausola parametrica per la determinazione dei diritti di proprietà. Non si tratta, tuttavia, di una semplice deviazione quantitativa dal principio di proporzionalità, ma di una diversità di natura qualitativa*».

Anche se l'istituto apparentemente non ebbe il forte *appeal* di mercato forse immaginato dal legislatore, soprattutto in vista del programma di liberalizzazione e di facilitazione del finanziamento alle imprese insito nella riforma, la verità è che da allora in poi fu possibile raccogliere alcuni precedenti interessanti in merito alle *azioni correlate*.

3.1 Il caso "AIMAG S.p.A."

"AIMAG S.p.A." è una società per azioni "multiutility" che ha per oggetto la gestione di servizi energetici, ambientali e tecnologici in 14 Comuni dell'area nord della provincia di Modena e comuni limitrofi.

La struttura societaria era composta da ventuno Comuni e da altri quattro enti, due dei quali erano soci privati ("COSEAM S.p.A." e "RIECO SRL") titolari delle azioni *correlate emesse* da "AIMAG SpA". Delle 78.027.680 azioni totali della società, 10.450.000 erano *azioni correlate* (29), suddivise in due classi: *i)* 6.983.000 *azioni correlate* "SII", detenute da "COSEAM S.p.A." e relative alle attività *del settore idrico*; e *ii)* 3.467.000 *azioni correlate* "SRTRU", detenute da "RIECO SRL", relative ai servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti.

Entrambe le categorie di *azioni correlate* avevano i seguenti diritti o condizioni stabiliti nello statuto di "AIMAG S.p.A.": *i)* i loro diritti patrimoniali erano equivalenti al 40% al netto degli utili del rispettivo settore; *ii) erano* rimborsabili

(29) Lo Statuto di "AIMAG" disciplina le categorie di azioni come segue: "Art. 5 - Capitale sociale - azioni - finanziamenti dei soci. 1. Il capitale sociale è di € 78.027.681 diviso in n. 78.027.681 azioni del valore nominale di euro uno cadauna, di cui: – n. 67.577.681 azioni ordinarie; – n. 6.983.000 azioni fornite di diritti patrimoniali correlati, con decorrenza 1 Gennaio 2007, ai risultati del settore denominato "servizio idrico integrato" (azioni SII), intendendosi con ciò l'attività oggetto degli affidamenti e/o dell'affidamento da parte delle competenti autorità d'ambito. A dette azioni è connesso l'obbligo delle prestazioni accessorie specificate al successivo art. 9.2; – n. 3.467.000 azioni fornite di diritti patrimoniali correlati, con decorrenza 1° gennaio 2007, ai risultati del settore denominato "servizio raccolta e trasporto rifiuti urbani" (azioni SRTRU), intendendosi con ciò l'attività oggetto dell'affidamento da parte delle competenti autorità d'ambito. A dette azioni è connesso altresì l'obbligo delle prestazioni accessorie specificate al successivo art. 9.3. Le azioni, fornite di diritti patrimoniali correlati al settore "servizio idrico integrato", partecipano ai relativi risultati ed hanno diritto alla corrispondente quota finale di liquidazione nella misura del 40%. Le azioni, fornite di diritti patrimoniali correlati al settore 'raccolta e trasporto rifiuti', partecipano ai relativi risultati ed hanno diritto alla corrispondente quota finale di liquidazione nella misura del 40%. Le azioni SII e le azioni SRTRU essendo correlate ai rispettivi settori ed essendo alle stesse connesso l'obbligo delle prestazioni accessorie sono riscattabili da parte della Società alle condizioni previste dal successivo art. 10. Alle azioni SII ed alle azioni SRTRU si applicano l'art. 16.1 per quanto riguarda l'esercizio dei diritti amministrativi e gli artt. 34 e 36 per quanto riguarda l'esercizio dei diritti patrimoniali. Le azioni sono nominative ed indivisibili. Ogni azione dà diritto ad un voto nelle assemblee di relativa competenza. L'assemblea straordinaria dei soci può deliberare l'emissione di ulteriori speciali categorie di azioni, stabilendo la forma, il modo di trasferimento ed i diritti spettanti ai possessori di tali azioni".

obbligatoriamente (art. 10 (30)) in caso di inadempimento alle prestazioni accessorie previste nello statuto (art. 9 (31)) o di perdita, da parte di "AIMAG", della concessione per l'esercizio del settore correlato con riscatto valutato proporzionalmente al patrimonio netto del settore correlato sulla base di criteri stabiliti nello statuto; *iii)* bilanci separati e dettagliati a scopo informativo e per il pagamento dei dividendi, la liquidazione o il rimborso (artt. 34 e 36 (32)); e *iv)* avevano un

(30) "Art. 10 - Riscattabilità delle azioni SII e delle azioni SRTRU. 1. La società ha il potere di riscattare le azioni SII e le azioni SRTRU nell'ipotesi in cui ricorra anche una soltanto delle seguenti ipotesi: *a)* grave inadempimento agli obblighi o comunque significativa e rilevante interruzione degli obblighi di esecuzione delle prestazioni accessorie, da accertarsi, in caso di contestazione, secondo il procedimento arbitrale previsto dal successivo art. 38; *b)* perdita, da parte dell'azionista correlato o dei soci della società veicolo nel caso in cui aggiudicatario sia risultato un raggruppamento d'impresa, dei requisiti vincolanti richiesti in sede di gara, legati alle capacità tecnico-imprenditoriali ed espressamente specificati nell'offerta ai fini dell'aggiudicazione della gara; *c)* cessazione, per scadenza del termine o per qualsivoglia altro motivo, dell'affidamento ad AIMAG del servizio identificante il settore correlato. 2. Al momento dell'esercizio del riscatto le azioni SII e le azioni SRTRU saranno valutate in ragione della partecipazione proporzionale al patrimonio netto del settore correlato, tenuto conto delle disposizioni di legge in materia e secondo i criteri fissati dal successivo art. 36. 3. La liquidazione delle azioni SII e delle azioni SRTRU avverrà in deroga ai limiti imposti dall'art. 2357 C.C. entro 180 giorni dalla deliberazione del Consiglio di Amministrazione di esercizio del potere di riscatto. 4. Fermo restando quanto previsto ai commi 2 e 3 del presente art. 10, resta inteso che l'importo da liquidarsi a seguito del riscatto sarà decurtato dell'eventuale importo spettante ad Aimag, a titolo restitutorio o risarcitorio, accertato a seguito del procedimento arbitrale previsto dal successivo art. 38 nelle ipotesi di cui alle lett. *a)* e *b)* del primo comma del presente art. 10".

(31) "Art. 9 - Prestazioni accessorie connesse alle azioni SII e alle azioni SRTRU. 1. Alle azioni SII e alle azioni SRTRU (come individuate al precedente art. 5) è connesso l'obbligo delle prestazioni accessorie individuate in esito all'espletamento della gara pubblica per la selezione del socio correlato, di seguito specificate (per ciascuna categoria di azioni), alla luce delle condizioni offerte ai fini dell'aggiudicazione della gara indetta dalla società per la scelta del partner privato. Il socio correlato dovrà inoltre apportare alla società il proprio know-how tecnico, gestionale ed organizzativo, nonché la propria capacità finanziaria e manageriale per il migliore conseguimento degli obiettivi previsti nel Piano d'Ambito. In ogni caso, ai fini della individuazione e disciplina delle prestazioni accessorie in oggetto, si deve fare riferimento, altresì alla "disciplina del rapporto socio correlato/società-regolamento relativo all'espletamento delle prestazioni accessorie […]".

(32) "Art. 34 - Esercizi sociali - Distribuzione utili. 1. L'esercizio sociale ha inizio il 1° gennaio e si chiude al 31 dicembre di ogni anno. 2. Alla fine di ogni esercizio sociale l'organo amministrativo procede alla formazione del bilancio a norma di legge e dei rendiconti dei determinati settori ai cui risultati sono correlati i diritti patrimoniali delle speciali categorie di azioni emesse. 3. Il bilancio ed i rendiconti devono essere approvati dall'Assemblea dei soci ordinari entro centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale; il bilancio ed i rendiconti possono tuttavia essere approvati entro centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale nel caso che la società sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato ovvero quando lo richiedono particolari esigenze relative alla struttura e all'oggetto della società. 4. Gli utili netti risultanti dal bilancio, sono ripartiti come segue: *a)* il 5 (cinque) per cento al fondo di riserva legale, fino a che non sia raggiunto il quinto del capitale sociale, da prelevarsi: a.1) nel caso che gli utili dei singoli settori correlati risultanti dai relativi rendiconti e gli utili risultanti dal bilancio diminuiti dei primi siano tutti di ammontare positivo, proporzionalmente da ciascuno di essi; a.2) nel caso che uno o più dei risultati, o dei

diritto di veto, esercitabile in un'assemblea speciale degli azionisti correlati "SII" e "SRTRU", per le delibere che comportavano la modifica dei diritti attribuiti a tali

---

singoli settori correlati risultanti dai relativi rendiconti o degli utili risultanti dal bilancio diminuiti dei primi, siano negativi, in modo proporzionale all'ammontare di quelli di essi che siano positivi. *b)* il residuo, salvo diversa deliberazione dell'assemblea, ai soci, nel rispetto dei diritti spettanti ai possessori di eventuali speciali categorie di azioni e strumenti finanziari emessi diversi dalle azioni". "Art. 36 - Modalità di rendicontazione per i settori correlati, imputazione degli utili e delle perdite della società e del settore e criteri di individuazione dei costi e ricavi imputabili al singolo settore. 1. La società redige, con riferimento al primo giorno anteriore alla data di esecuzione dell'aumento di capitale con emissione di azioni correlate, l'inventario (situazione patrimoniale) iniziale delle attività e delle passività riferibili al settore, ivi comprese le quote maturate di ricavi e costi comuni da accreditare o addebitare al singolo settore, con applicazione dei criteri e principi utilizzati per la formazione del bilancio d'esercizio. Il conseguente netto patrimoniale del settore, emergente dall'inventario iniziale, sarà ripartito nelle sue singole componenti (capitale sociale, riserva legale, altre singole riserve) secondo le proporzioni tra esse risultanti dall'ultimo bilancio approvato della società, escludendo da tale computo le eventuali riserve iscritte a fronte delle azioni proprie possedute. 2. L'aumento di capitale ed il relativo sovrapprezzo, versati dai sottoscrittori delle azioni correlate ai risultati del determinato settore, saranno contabilmente accreditati dalla società ad incremento del patrimonio netto del settore stesso. 3. La società istituirà, nella propria contabilità, secondo i criteri e i principi elaborati dalla pratica contabile in materia di imprese multidivisionali, appositi conti sezionali, patrimoniali ed economici, in cui saranno rilevate le operazioni di gestione inerenti il singolo settore. Tra i conti sezionali del singolo settore è compreso un conto transitorio (conto corrente di corrispondenza), con liquidazione trimestrale destinato a rilevare gli accrediti e gli addebiti al settore da parte della società (quali ad esempio: accrediti della quota di ricavi comuni di pertinenza del settore, addebiti della quota di costi comuni, accredito alla società della propria quota di utili corrispondente ai dividendi distribuiti ai titolari di azioni correlate, ecc.). 4. Incrementeranno poi il patrimonio netto del determinato settore: *a)* gli utili del settore risultanti dai relativi rendiconti regolarmente approvati; *b)* gli aumenti di capitale che dalla relativa delibera risultino di pertinenza del settore. Decrementeranno poi il patrimonio netto del determinato settore: *a)* le distribuzioni agli azionisti correlati di utili e riserve del settore, aumentate della corrispondente quota di utili e riserve di pertinenza della società; *b)* le perdite del settore risultanti dai relativi rendiconti regolarmente approvati; *c)* le somme corrisposte per riscatto delle azioni correlate. Eventuali perdite d'esercizio della società, per la parte eccedente la perdita del medesimo esercizio del determinato settore, saranno prioritariamente coperte mediante imputazione alle riserve disponibili a tal fine non di pertinenza del settore e le perdite del determinato settore, emergenti dal relativo rendiconto regolarmente approvato, saranno prioritariamente coperte mediante utilizzo delle riserve disponibili a tal fine di pertinenza del settore. L'eventuale copertura di perdite del settore, o della società – per la parte eccedente la perdita del medesimo esercizio del determinato settore –, mediante utilizzo di poste di patrimonio netto rispettivamente della società o del settore, deliberata dall'assemblea in ottemperanza a inderogabili disposizioni di legge, non comporterà, ai fini dei rapporti tra società e soci, anche correlati, alcuna variazione del patrimonio netto di pertinenza del settore e della società stessa. A tal fine il rendiconto del determinato settore non terrà conto di siffatte imputazioni di poste di patrimonio netto a copertura di perdite. Gli utili dei successivi esercizi del settore, o della società – per la parte eccedente il risultato del medesimo esercizio del determinato settore –, saranno prioritariamente destinati, dall'assemblea che approva il relativo bilancio, a reintegrazione delle poste di patrimonio netto di pertinenza, rispettivamente, della società o del settore, che da antecedente delibera assembleare assunta ai sensi del precedente capoverso, siano state utilizzate a copertura di perdite del settore o della società. Le disposizioni del presente paragrafo troveranno altresì applicazione, *mutatis mutandis*, in caso che, in un medesimo esercizio, vi sia compresenza di un risultato d'esercizio positivo del deter-

azioni in ordine alla partecipazione agli utili del settore o i criteri di liquidazione della rispettiva partecipazione (art. 21) (33).

3.2 Il caso "CAPE LIVE S.p.A.". ("*Azioni B*")

Se il caso "AIMAG" è degno di nota per le sue peculiarità, come il coinvolgimento di una società a partecipazione pubblica e la previsione di benefici accessori per gli azionisti correlati, il caso "CAPE LIVE S.p.A." ("Cape Listed Investment Vehicle in Equity S.p.A.") presenta altre caratteristiche che confermano la plasticità delle*azioni correlate* anche nei sistemi romano-germanici.

Pur essendo una società per azioni quotata alla Borsa italiana, CAPE S.p.A. ha utilizzato le *azioni correlate* fondamentalmente come veicolo di incentivazione e di remunerazione variabile dei propri amministratori e dipendenti. La questione acquisì notorietà nel 2007 quando la società effettuò un'offerta pubblica di azioni ordinarie senza coinvolgere le *azioni correlate* allora esistenti, finalizzate a realizzare la citata strategia di remunerazione.

Pur essendo una società per azioni, "CAPE S.p.A." ha agito sostanzialmente come una *società di private equity*, investendo in titoli e fondi immobiliari e in partecipazioni in altre società aperte o chiuse. L'obiettivo era quello di concedere bonus variabili ai propri key manager, creando una sorta di fondo pensione chiuso, attraverso la costituzione di una società semplice da loro partecipata ("Cape Live Team"), alla quale ha poi assegnato tutte le azioni *correlate*, sotto forma di azioni di classe "B" della società.

Tali azioni ("*Azioni* B" (34)), a loro volta, avevano diritto di voto e un valore nominale di 1 Euro ed erano correlate ai risultati di "CAPE S.p.A" nel settore

---

minato settore e di un risultato d'esercizio negativo della società – quest'ultimo al netto del risultato del determinato settore o viceversa e ciò anche con riferimento alle quote di utili di pertinenza del determinato settore o della società che, in conseguenza delle disposizioni di cui all'art. 34, comma 4, lett. *a)* del presente statuto, siano state destinate ad alimentare la riserva legale in eccedenza rispetto al ventesimo del loro ammontare".

(33) "Art. 21 - Assemblee speciali degli azionisti SII e degli azionisti SRTRU. 1. Sono espressamente previste le assemblee speciali degli azionisti SII e degli azionisti SRTRU, alle quali si applicano le disposizioni relative alla assemblea straordinaria. 2. Le assemblee speciali degli azionisti SII e degli azionisti SRTRU deliberano sulla modifica dei diritti patrimoniali attribuiti alle azioni correlate sugli utili del settore ovvero in sede di liquidazione della partecipazione azionaria. 3. E' espressamente esclusa ogni altra competenza delle assemblee speciali degli azionisti SII e degli azionisti SRTRU ed in particolare tale esclusione concerne le seguenti materie: *a)* variazione del capitale sociale (ad esempio mediante emissione di azioni che alterino il rapporto fra le azioni correlate e le altre categorie di azioni); *b)* operazioni straordinarie (fusione, scissione, trasformazione) che possano condurre ad una alterazione dei rapporti tra azioni correlate ed altre categorie di azioni; *c)* esclusione o limitazione del diritto di opzione, in caso di emissione di qualsivoglia categoria di azioni, anche se ciò influisce indirettamente sui diritti delle azioni correlate".

(34) Il prospetto informativo di Cape LIVE S.p.A. per l'offerta pubblica di acquisto del 2007 recitava: "*21.2.3.2. Azioni B - Le Azioni B dell'Emittente sono nominative, indivisibili e ciascuna di esse dà diritto a un voto in tutte le assemblee ordinarie e straordinarie della Società. Le Azioni B sono riservate*

degli investimenti diretti (35). Le stesse davano diritto a un dividendo minimo non cumulativo, rappresentato da una quota del 20% degli utili della società in tale settore, più eventuali utili residui della società emittente ("CAPE S.p.A."), in proporzione alla presenza delle "Azioni B" nel capitale sociale, salvo che la maggioranza di queste non concordasse una diversa distribuzione. Tali azioni, tuttavia, potevano essere detenute esclusivamente dagli amministratori e/o dipendenti interessati – ovvero, come nel caso di specie, da persone giuridiche da essi controllate – ed erano trasferite solo nel rispetto del diritto di prelazione tra i titolari della categoria, pena la conversione in azioni di categoria "A".

---

a persone fisiche che siano componenti del consiglio di amministrazione, dipendenti o collaboratori della Società, che saranno individuati dal consiglio di amministrazione stesso, o a società nelle quali uno o più di tali soggetti possiedano, direttamente o indirettamente, una partecipazione complessiva superiore al 50% del capitale sociale ovvero dispongano della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, fermo restando che, nell'ipotesi di perdita da parte dei rispettivi titolari di tali requisiti soggettivi, nel caso di mancato esercizio della facoltà di riscatto da parte della Società secondo le modalità e i termini di seguito descritti, i possessori delle Azioni B potranno restare titolari delle Azioni B anche in difetto di tali requisiti soggettivi. Le Azioni B sono azioni correlate ai risultati della Società nel Settore Investimenti Diretti a cui spetta automaticamente (dedotta una somma non inferiore al 5% spettante alla riserva legale) un privilegio pari al 20% degli utili risultanti dall'attività della Società in tale settore – fatta eccezione per il caso in cui l'assemblea deliberi in senso contrario con il voto favorevole di tanti titolari di Azioni B che rappresentino oltre la metà del capitale sociale rappresentato da Azioni B –, a prescindere dalla quota del capitale sociale rappresentata dalle stesse (e quindi anche in caso di successiva diluizione) fermo restando che nel caso di conversione di Azioni B in Azioni A come nel seguito descritta, la percentuale di partecipazione agli utili netti derivanti dall'attività della Società nel Settore Investimenti Diretti si ridurrà proporzionalmente alla riduzione del numero delle Azioni B. Qualora l'assemblea, in un determinato esercizio sociale, deliberi, con le modalità sopra indicate, di non assegnare alle Azioni B la descritta quota di utile loro spettante, alle medesime Azioni B, in occasione di eventuali distribuzioni negli esercizi successivi, non competerà alcun diritto alla attribuzione della stessa quota di utile ad esse spettante non distribuita negli esercizi precedenti. Tuttavia si segnala che lo Statuto prevede un meccanismo di calcolo del privilegio spettante alle Azioni B che tiene conto dell'eventuale perdita relativa al Settore Investimenti Diretti realizzata negli esercizi precedenti. A titolo esemplificativo, qualora l'utile derivante dal Settore Investimenti Diretti realizzato nel corso di un determinato esercizio sia pari a euro 2 per azione e negli esercizi precedenti vi sia stata una perdita relativa al Settore Investimenti Diretti pari a euro 0,5 per azione, i titolari di Azioni B avranno diritto a un privilegio sull'utile del Settore Investimenti Diretti pari al 20% della differenza tra euro 2 ed euro 0,5 e dunque al 20% di euro 1,5 per azione. Inoltre, le Azioni B concorrono alla distribuzione dei predetti utili residui in proporzione alla percentuale del capitale sociale di ogni classe rappresentata dalle Azioni B stesse. Ai fini della determinazione dei risultati del Settore Investimenti Diretti, i costi e ricavi attribuibili al Settore Investimenti Diretti sono: – costi, ricavi ed utili/perdite da cessione o realizzo – ivi compresi i "rigiri" a conto economico delle riserve da valutazione, le rettifiche e le riprese di valore, le minusvalenze e le plusvalenze, le svalutazioni e le rivalutazioni, i dividendi e gli accantonamenti netti, nonché gli interessi attivi e passivi e le commissioni attive e passive – derivanti in via esclusiva dalle attività e passività finanziarie, dalle partecipazioni, dagli investimenti e dall'operatività riconducibili al Settore Investimenti Diretti".

(35) Come definito nel Prospetto: "*Investimenti Diretti - indica l'investimento, di maggioranza o di minoranza, realizzato direttamente o attraverso società controllate o partecipate (diverse in ogni caso da organismi di investimento collettivo del risparmio), in società, imprese o altre entità, quotate e non quotate, italiane o estere, selezionate dal management dell'Emittente*".

3.3 I casi "FRIULIA" e "ATAF"

Altri due casi emblematici segnalati dalla dottrina italiana riguardano le società "ATAF S.p.A" e "FRIULIA S.p.A.".

Per quanto riguarda la "FRIULIA S.p.A." ("Finanziaria Regionale Friuli-Venezia Giulia - Società per Azioni"), si tratta di una società di scopo, con durata fino al 2030, con ad oggetto la promozione della Regione Friuli-Venezia, che emetterà *azioni correlate* "*Alpha*" (36), con diritto di voto e legate a uno specifico

(36) Art. 7 - Capitale sociale e recesso. Il capitale sociale è di Euro 266.020.393,00 suddiviso in numero 266.020.393 azioni nominative del valore nominale di Euro 1,00 ciascuna di cui: – n. 260.310.040 azioni ordinarie; – n. 5.710.353 azioni correlate *ex* art. 2350, comma 2, c.c. di categoria "Alfa". Per tutta la durata della Società il capitale sociale dovrà essere detenuto dalla Regione in misura complessivamente non inferiore al 51%. Le azioni di categoria "Alfa" sono fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale nel settore denominato "Programma Investimenti *ex* art. 86 comma 2 L.R. Friuli Venezia Giulia n. 21 del 5 dicembre 2013" (di seguito "Settore") afferente gli interventi di investimenti, in capitale di rischio e finanziamenti accessori, caratterizzati da un profilo di rischio e da prospettive di rendimento superiori a quanto normalmente operato da Friulia (di seguito "Interventi") ed effettuati mediante l'utilizzo dei fondi messi all'uopo a disposizione dalla Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia in base alla Legge Regionale n. 21 del 5 dicembre 2013 ed eventualmente anche da altri soci per le medesime finalità, il tutto come da programma di investimento allegato al verbale dell'assemblea straordinaria di data 18 dicembre 2014 che ha deliberato l'emissione delle azioni correlate stesse. I costi ed i ricavi imputabili al settore sono (a titolo esemplificativo): – i dividendi distribuiti a FRIULIA dalle società del Settore; – gli interessi maturati sui finanziamenti erogati alle società del Settore; – le rettifiche di valore delle partecipazioni detenute nelle società del Settore e dei finanziamenti concessi alle stesse rispetto al valore di carico nell'attivo dello stato patrimoniale, nel rispetto di quanto disposto dai principi contabili in materia; – le plusvalenze originate dalla vendita delle partecipazioni detenute nelle società del Settore o derivanti dalla liquidazione delle società stesse; – le minusvalenze originate dalla vendita delle partecipazioni detenute nelle società del Settore o derivanti dalla liquidazione delle società stesse o da altre ipotesi assimilabili; – i proventi e gli oneri derivanti dai conti correnti del Settore. A tal fine gli amministratori predispongono per il Settore correlato una specifica rendicontazione allegata al bilancio. A chiusura totale o parziale dei singoli Interventi nelle società partecipate afferenti il Settore, un proporzionale numero di azioni correlate Alfa verrà convertito in azioni ordinarie in base al rapporto di conversione che verrà determinato di volta in volta, dall'assemblea straordinaria dei soci all'uopo da convocarsi, sulla base del rapporto tra il valore unitario delle azioni ordinarie determinato considerando il patrimonio netto consolidato risultante dall'ultimo bilancio approvato ed il valore unitario delle convertende azioni correlate determinato considerando l'attivo liquido rinvenuto dalla chiusura del singolo Intervento. In sede di chiusura dell'ultimo Intervento nelle società partecipate afferenti il Settore si procederà alla conversione di tutte le restanti azioni correlate. Ove non sia stata deliberata, per qualsiasi ragione, la conversione di cui sopra, le azioni correlate dovranno essere acquistate da FRIULIA nel rispetto delle norme di legge. Fermo il rispetto del limite previsto nel secondo comma, il capitale sociale potrà essere aumentato per deliberazione dell'Assemblea straordinaria dei Soci, che, a tal fine, potrà anche conferire all'Organo amministrativo apposita delega ai sensi e per gli effetti dell'art. 2443 c.c. Il diritto di recesso, ivi compresi i termini e le modalità di esercizio dello stesso, i criteri di determinazione del valore delle azioni del Socio receduto e il relativo procedimento di liquidazione, sono regolati dagli artt. 2437 e ss. c.c. e dalle altre disposizioni di legge applicabili. In deroga al secondo comma dell'art. 2437 c.c., il diritto di recesso non spetta ai Soci che non hanno concorso all'approvazione delle deliberazioni riguardanti [...]".

programma di investimenti della società, che di fatto è più simile ad un consorzio tra Comuni.

Secondo lo statuto, le "*Azioni Alpha*" hanno diritto alle plusvalenze finanziarie complessive del settore, da cui sono espressamente escluse le azioni ordinarie (37). Inoltre, hanno priorità nel rimborso degli asset collegati al programma correlato e sono convertibili al termine del programma con delibera della società, pena il rimborso automatico in caso di mancata conversione (38).

"ATAF S.p.A.", invece, è una società pubblica controllata dal Comune di Firenze – con la partecipazione di altri Comuni – ed è affidataria del trasporto pubblico nella macroregione. La società ha emesso azioni *correlate* al settore ferroviario indirettamente gestito dalla società, attraverso la partecipazione di "ATAF" al capitale sociale di "TRAM DI FIRENZE S.p.A." (39). Le azioni in questione han-

(37) "Art. 28 - Ripartizione degli utili. Gli utili netti dell'esercizio verranno ripartiti nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 2 e seguenti del presente articolo - nel modo seguente: – il 5 per cento alla riserva legale, fintanto che la stessa abbia raggiunto il quinto del capitale sociale; – il 25 per cento alla riserva straordinaria; – il 60 per cento agli Azionisti, salvo che l'Assemblea deliberi diversamente; – il residuo secondo le determinazioni dell'Assemblea Ordinaria. Le azioni ordinarie attribuiscono ai loro possessori il diritto a percepire tutti gli utili prodotti da FRIULIA - S.p.A. con esclusione degli utili prodotti dal Settore denominato Programma Investimenti ex art. 86 comma 2 L.R. Friuli Venzia Giulia n. 21 del 5 dicembre 2013" . Le azioni correlate Alfa attribuiscono ai loro possessori il diritto a percepire i soli utili prodotti dal Settore denominato "Programma Investimenti *ex* art. 86 comma 2 L. R. Friuli Venezia Giulia n. 21 del 5 dicembre 2013", fermo restando che, ai sensi dell'art. 2350, comma 3, c.c., non possono essere pagati dividendi ai possessori delle azioni correlate se non nei limiti degli utili risultanti dal bilancio della società.

(38) "Art. 33 - Scioglimento e liquidazione. Addivenendosi in qualsiasi tempo e per qualsiasi causa allo scioglimento della FRIULIA, l'Assemblea determina le modalità della liquidazione e nomina uno o più liquidatori, fissandone i poteri. In sede di liquidazione, alle azioni ordinarie sarà riconosciuto il residuo netto rinveniente dalla liquidazione dell'intero patrimonio di FRIULIA, ad eccezione del residuo netto rinveniente dalla liquidazione del Settore denominato "Programma Investimenti *ex* art. 86 comma 2 L.R. 21 del 5 dicembre 2013" corrispondente alle azioni correlate. Alle azioni correlate Alfa sarà riconosciuto solo il residuo netto rinveniente dalla liquidazione del Settore denominato "Programma Investimenti *ex* art. 86 comma 2 L.R. 21 del 5 dicembre 2013".

(39) Lo Statuto di "ATAF S.P.A." lo prevedeva all'epoca: "Art. 5. - Il capitale sociale è di Euro 14.202.894,00, suddiviso in numero 4.245.698 azioni, così ripartite: *a)* quanto a numero 3.741.400 quali azioni ordinarie; *b)* quanto a numero 504.298 quali azioni correlate ai risultati della partecipazione detenuta dalla Società nella "TRAM DI FIRENZE S.p.A." con sede legale in Firenze, codice fiscale n. 05529970484, *ex* art. 2.350 comma 2 del Codice civile e riservate al Comune di Firenze. [...] B) Con riferimento alle azioni correlate come sopra riservate al Comune di Firenze di cui al precedente comma 1, lett. *b)*, ai sensi dell'ar. 2.350 comma 2 del Codice civile, i costi e ricavi imputabili al settore – ovvero la partecipazione detenuta dalla Società nella "TRAM DI FIRENZE S.p.A." con sede legale in Firenze, Via Lorenzo il Magnifico n. 10, codice fiscale 05529970484 – sono: *a)* dividendi distribuiti ad "ATAF S.p.A." dalla "TRAM DI FIRENZE S.p.A."; *b)* svalutazione della partecipazione di "ATAF S.p.A." nella "TRAM DI FIRENZE S.p.A." rispetto al valore di carico nell'attivo dello stato patrimoniale, nel rispetto di quanto disposto dai Principi Contabili in materia; *c)* plusvalenze originate dalla vendita della partecipazione di "ATAF S.p.A." in "TRAM DI FIRENZE S.p.A." o derivante dalla liquidazione della medesima Società;

no diritto di voto limitato nei questioni che coinvolgono direttamente "TRAM DI FIRENZE", con rimborso legato al patrimonio netto di quest'ultima in caso di liquidazione. Le azioni sono altresì rimborsabili in caso di cessione dell'asset, come è avvenuto nel 2016, a seguito della vendita di "TRAM DI FIRENZE" a "Meridiam Infrastructure II Sàrl", tramite una gara pubblica.

4. Considerazioni finali

In conclusione, appare evidente che le *azioni correlate* costituiscono un titolo azionario dalle molteplici e rilevanti funzionalità, risultando particolarmente appetibile per le imprese multisettoriali o che detengono asset in grado di generare risultati segregabili capaci di attrarre o allocare gli interessi di diversi profili di azionisti e investitori. Lo dimostrano sia la loro genesi ed evoluzione nella prassi operativa che la loro legittimità nei diversi sistemi legislativi mondiali.

Non è un caso che l'ordinamento societario sia brasiliano che italiano diano pieno riconoscimento a questa figura con la previsione dell'art. 2.350 del Codice civile italiano e con la elasticità conferita alle azioni privilegiate dal combinato disposto degli artt. 15, 17, 18, 19, 110, 111 e 202 della Legge Brasiliana sulle Società (L. 6.404/76).

In questo senso, sebbene la sua adozione non sia ancora comune nella pratica imprenditoriale, i precedenti esistenti sia in Brasile che in Italia – e nel complesso dei mercati statunitense ed europeo – dimostrano l'utilità pratica e l'opportunità di studiare e comprendere meglio l'istituto, che può quantomeno ampliare la

---

d) minusvalenze originate dalla vendita della partecipazione di "ATAF S.p.A." in "TRAM DI FIRENZE S.p.A." o derivante dalla liquidazione della medesima Società; *e)* i costi e ricavi imputabili all'investimento di "ATAF S.p.A." in "TRAM DI FIRENZE S.p.A.", come sopra individuati, sono oggetto di rendiconto per categoria omogenea, in modo tale da fornire chiaramente tutti gli elementi analitici che compongono il calcolo. Il rendiconto deve porsi in essere con riferimento ad ogni esercizio sociale ed entro 15 (quindici) giorni dalla data in cui il Consiglio di Amministrazione approva la bozza di bilancio da sottoporre alla approvazione della Assemblea. Tutti i menzionati componenti di reddito, positivi e negativi, sono valutati al netto del relativo impatto fiscale; *f)* nel caso di vendita, totale o parziale, da parte di "ATAF S.p.A." della sua partecipazione in "TRAM DI FIRENZE S.p.A." è attribuito ai titolari delle azioni correlate il netto ricavo della vendita, così come, nel caso di liquidazione, il netto incassato per la medesima partecipazione. Uguali diritti spettano ai titolari delle azioni correlate nel caso di liquidazione di "ATAF S.p.A.". Con ciò verrà ad estinguersi la partecipazione correlata di cui detti ammontari costituiranno l'importo di liquidazione; *g)* non possono essere pagati dividendi ai possessori delle azioni correlate se non nei limiti degli utili risultanti dal bilancio della Società. Le azioni correlate sono altresì postergate nelle eventuali perdite della Società, nel senso che concorrono alla copertura delle perdite solo dopo i titolari delle azioni ordinarie. In caso pertanto di riduzione del capitale sociale, sia volontaria che per perdite ai sensi dell'art. 2.446 del Codice civile, sarà prima ridotto il capitale sociale rappresentato dalle azioni ordinarie, fino al loro esaurimento, e solo successivamente sarà ridotto il capitale sociale rappresentato dalle azioni correlate; [...]".

gamma di strumenti di finanziamento e investimento a disposizione di imprese e investitori, contribuendo così al rafforzamento dei mercati dei capitali e delle economie locali.

Questo saggio analizza la costruzione e il recepimento della categoria azionaria comunemente denominata "tracking stock" *nei sistemi societari brasiliano e italiano. Partendo dalla descrizione funzionale di questa struttura nel contesto delle società per azioni e della loro raccolta di fondi, l'articolo si propone di dimostrare come l'ordinamento giuridico brasiliano ammetta questo modello come un'azione privilegiata con un dividendo prioritario fisso legato a uno specifico asset o unità della società emittente. Analogamente, si analizzano la costituzione e i relativi criteri operativi stabiliti dall'ordinamento italiano con la nuova formulazione data all'articolo 2.350 del Codice civile a seguito della riforma del diritto societario del 2003. Infine, si considerano alcuni casi di studio di gruppi imprenditoriali che hanno già adottato questa struttura, con diverse logiche o motivazioni, sia in Brasile che in Italia.*

This essay examines the construction and reception of the share category commonly referred to as "tracking stocks" in the Brazilian and Italian corporate law systems. Drawing on a functional description of this instrument within the context of joint-stock companies and their capital-raising mechanisms, the article seeks to demonstrate how the Brazilian legal framework accommodates this model as a class of preferred shares carrying a fixed preferential dividend linked to a specific asset or business unit of the issuing company. Similarly, it analyzes the codification and operational criteria established under Italian law, following the amended wording of Article 2350 of the Codice civile after the 2003 corporate law reform. Finally, the essay discusses case-based examples of corporate groups that have adopted such a structure, under various designs and for different strategic purposes, both in Brazil and Italy.

Heitor Vitor Mendonça Sica
(Professore ordinario nell'*Universidade de São Paulo* –
Avvocato, consulente e arbitro)

La sostituzione processuale nel diritto contemporaneo: panorama europeo e sudamericano*

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Diritto tedesco. - **3.** Diritto italiano. - **4.** Diritto spagnolo. - **5.** Diritto francese. - **6.** Diritto portoghese. - **7.** Diritto dei Paesi del Sud America. - **8.** Diritto brasiliano.

1. Introduzione

Il presente testo si propone di fornire una panoramica dogmatica attuale dell'istituto della sostituzione processuale, alla luce di alcuni ordinamenti giuridici stranieri (Germania, Italia, Spagna, Francia, Portogallo, Argentina, Cile, Colombia e Uruguay) ed in particolare del diritto brasiliano.

L'espressione «sostituzione processuale» è adottata come sinonimo di «legittimazione straordinaria», sebbene in dottrina vi siano altre proposte terminologiche. Dopo aver analizzato tali proposte, sarà possibile spiegare le ragioni dell'opzione qui adottata.

Si tralascerà l'esame dei ricorsi collettivi, dato che la dottrina è lontana da un consenso sulla natura di questa legittimazione (se ordinaria, straordinaria o un *tertium genus*).

2. Il diritto tedesco

Considerando che la sostituzione processuale è stata concepita dogmaticamente dopo l'avvento della *Zivilprozessordnung* (1877) (1) e che l'istituto non trova

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) È assolutamente condiviso che il punto di partenza per la concettualizzazione della sostituzione processuale sia stato lo studio di J. Kohler del 1886 (*Der Dispositionsnießbrauch,* in *Jherings*

una disposizione espressa nel suo testo, il suo sviluppo continua a dipendere dal lavoro dottrinale.

L'espressione *Prozeßstandschaft* è utilizzata da alcuni autori più antichi (2), ma da tempo è stata abbandonata a favore di *Prozeßführungsrecht* (3) («diritto di condurre un procedimento») o *Prozessführungsbefugnis* (4) («potere di condurre un procedimento»), che spetterebbe al titolare stesso del diritto («*ordentliche Prozessführungsbefugnis*») o a chi ne fa le veci («*außerordentliche Prozessführungsbefugnis*» (5)), cioè rispettivamente il potere di condurre la controversia ordinaria e straordinaria. Si tratterebbe della *legittimazione processuale*, situata a livello di presupposti processuali, che non va confusa con la *legittimazione sostanziale* («*Sachlegitimation*») che si riflette nella titolarità effettiva (attiva e passiva) del rapporto giuridico per il quale si chiede tutela in giudizio e che sarebbe parte integrante del giudizio di merito (6).

Per descrivere il fenomeno in modo più completo e preciso, Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald utilizzano l'espressione «*Prozeßführungsbefugnis rechtsfremden oder teilberechtiger Personen*» (7), che può essere tradotta come «potere di condurre il procedimento in relazione a diritti altrui o parzialmente propri». La prima categoria («*Prozeßführungsbefugnis rechtsfremden Personen*») comprende i casi in cui il contendente difende un diritto del tutto estraneo, ad esempio: *i)* la cessione di un diritto controverso in cui l'acquirente non si unisce al rapporto processuale (§265 ZPO (8)); e *ii)* un'azione per il mantenimento di un minore intentata da un genitore, in nome proprio, contro l'altro, da cui è separato

---

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, IV, Jena, 1886, pp. 187-328). In seguito, lo stesso autore si è dedicato all'argomento in diversi altri testi: *Der Prozeß als Rechtsverhältnis: Prolegomena zu einem System des Civilprozesses*, Mannheim, 1888; *Id.*, *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*. Berlino, 1894; *Id.*, *Grundriss des Zivilprozesses mit Einschluss des Konkursrechts*, Londra, 2018 e Id., *Recht und process*, in *Separat-Abdruck ans der von Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, XIV, India, 2023. Tuttavia, fu K. Hellwig (*System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, pp. 160 e ss.) a far rientrare definitivamente lo studio dell'istituto nell'ambito del diritto processuale civile e a dargli una sistematizzazione più adeguata, presentando vari altri esempi non considerati da Kohler, in modo da influenzare decisamente la dottrina successiva.

(2) W. Zeiss, *Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1971, p. 53 e R. Bruns, *Zivilprozeßrecht*, II ed., München, 1979, p. 67.

(3) O. Jauernig, *Zivilprozeßrecht*, XXI ed., München, 1985, p. 49.

(4) C. G. Paulus, *Zivilprozessrecht*, VI ed., Berlin, 2016, p. 33.

(5) P. Wunderlich, *Zur Prozessstandschaft im internationalen Recht*, München, 1970, p. 10.

(6) Ad esempio, R. Bruns, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 59, e C. G. Paulus, *Zivilprozessrecht*, cit., pp. 33-34.

(7) *Zivilprozessrecht*, XVIII ed., München, 2018, p. 247.

(8) Sebbene questo esempio sia generalmente accettato da tutta la dottrina tedesca, c'è chi solleva ostacoli a questo inserimento sulla base del fatto che il sostituto (il venditore) non ha un reale interesse a proteggere il diritto del sostituito (l'acquirente). In questo senso, L. De Propris, *La successione nel diritto controverso*, Berlin, 2017, p. 32.

o se è in corso una discussione su un'unione stabile tra loro (§1629.3 BGB). Nella seconda categoria («*Prozeßführungsbefugnis teilberechtiger Personen*»), vi sono i casi di contitolarità del diritto, in cui uno dei soggetti può difendere separatamente il diritto appartenente a se stesso e ad altri, ad esempio (9): *i)* creditori di un'obbligazione indivisibile (§432 BGB); e *ii)* comproprietari (§1011 BGB).

Il fenomeno non va confuso con la rappresentanza («*Vertretung*»), il cui tratto distintivo è proprio l'agire in nome proprio e non l'agire in nome altrui(10). In questo senso, si veda ad esempio il caso del curatore processuale («*Prozesspfleger*») – nominato dal giudice alla persona incapace quando questa non ha un padre, una madre, un tutore o un curatore – che non è considerato un sostituto, ma un rappresentante («*Vertreter*»), secondo il testo espresso del §54 dello ZPO.

I contorni dell'istituto continuano a essere dati dalla dottrina contemporanea in forme simili a quelle in cui era stato originariamente concepito, alla fine del XIX secolo e all'inizio del XX secolo, considerando che la sostituzione processuale deriverebbe da alcuni poteri sostanziali di azione del sostituto nella sfera giuridica del sostituito (11).

Allo stesso modo per decenni (12) la sostituzione processuale volontaria, più comunemente conosciuta come *gewillkürte Prozessstandschaft* o come *Prozessführungsermächtigung* (13) («conferimento di poteri per condurre il procedimento») è stata pacificamente ammessa. Il titolare di un diritto può cederlo nella sua interezza (in tal caso il cessionario potrà difendere in giudizio il proprio diritto in nome proprio, come rappresentante legale ordinario) o assegnare solo alcuni

(9) L. Rosenberg-K. Heinz Schwab-P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 248. Altri autori accettano la stessa proposizione, come ad esempio H. Ferger, *Zivilprozeßrecht*, Berlin, 2001, p. 54.
(10) P. Wunderlich, *Zur Prozessstandschaft im internationalen Recht*, pp. 9-10. Alludendo al diritto austriaco, ma formulando concetti applicabili al (molto simile) diritto tedesco, T. Kunz, *Die Prozessstandschaft: eine Untersuchung der Klagebefugnisse Dritter im österreichischen Zivilfahren*, Wien, 2019, p. 45.
(11) P. Wunderlich, *Zur Prozessstandschaft im internationalen Recht*, pp. 9-10 e R. Frank, *Der Verschiebung von Prozeßrechtsverhältnissen mit Hilfe der gewillkürte Prozeßstandschaft*, in *Zeitschrift für Zivilprozess,* n. 92, III, 1979, p. 321. J. Stamm, *Zur Frage der Existenzberechtigung der Prozessführungsbefugnis - Ihre Rückführung auf das materielle Recht*, in *Zeitschrift für Zivilprozess,* n. 132, 2019, pp. 419-422.
(12) U. Hoche*, Zivilprozessrecht*, II ed., Nürnberg, 1954, p. 140; R. Bruns, *Zivilprozeßrecht*, II ed., München, 1979, p. 68; R. Frank, *Der Verschiebung von Prozeßrechtsverhältnissen mit Hilfe der gewillkürte Prozeßstandschaft,* cit., p. 322; O. Jauernig, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 63; C. G. Paulus, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 35; J. F. Hoffmann, *Gewillkürte Prozessstandschaft und materiell-rechtliche Ausübungsermächtigung*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, n. 130, 2017, pp. 403-438; L. Rosenberg-K. Heinz Schwab-P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, cit., pp. 250 e ss.; e C. Tunze, *Der Wegfall der ausgeübten Prozessführungsermächtigung*, Tübingen, 2020, p. 1.
(13) C. Tunze, *Der Wegfall der ausgeübten Prozessführungsermächtigung*, cit., 2020, p. 8. Sembra che questa espressione sia stata usata originariamente da R. Mundhencke (*Die Prozeßstandschaft: insbesondere die Prozeßstandschaft kraft Ermächtigung,* Hannover, 1931, p. 8).

poteri, sia quelli di disposizione che quelli di difesa in giudizio (in tal caso il cessionario difenderà effettivamente il diritto altrui in nome proprio) (14).

La validità e l'efficacia di questo negozio giuridico processuale dipendono dal rispetto di alcuni requisiti: *i)* l'esistenza di un interesse da parte del sostituto (15); *ii)* la trasferibilità del diritto da difendere (16); e *iii) la* prova che il sostituto sia in grado di sostenere i costi del processo (17). L'istituto è accettato anche dalla legge austriaca (18). Tuttavia, l'istituto è stato recentemente criticato per le sue limitate applicazioni pratiche (19).

A questo proposito, la visione del diritto tedesco della sostituzione processuale si discosta da quella che normalmente viene concepita dell'istituto in Italia e in America Latina, dove il terzo che difende un diritto altrui in nome proprio non gode di poteri di disposizione su di esso.

3. Diritto italiano

Nonostante la terminologia espressamente accolta dall'art. 81 del *Codice*, molti autori contemporanei non utilizzano l'espressione «sostituzione processuale», pre-

(14) P. Wunderlich, *Zur Prozessstandschaft im internationalen Recht*, cit., pp. 13-15.
(15) R. Frank, *Der Verschiebung von Prozeßrechtsverhältnissen mit Hilfe der gewillkürte Prozeßstandschaft*, cit., p. 322. R. Beneduzi sottolinea che in linea di principio l'interesse deve essere legale, ma i tribunali hanno accettato situazioni in cui l'interesse è meramente economico (*Persona e processo: la legittimazione straordinaria volontaria (gewillkürte Prozessführungsbefugnis) tra i secoli XIX e XXI*, in *Studi Senesi*, n. 126, 2014, pp. 220-225. J. Stamm si interroga sulla necessità dell'interesse personale, che sarebbe escluso, ad esempio, in caso di alienazione del diritto controverso (*Zur Frage der Existenzberechtigung der Prozessführungsbefugnis - Ihre Rückführung auf das materielle Recht,* cit., pp. 427-433).
(16) Secondo J. F. Hoffmann (*Gewillkürte Prozessstandschaft und materiell-rechtliche Ausübungsermächtigung,* cit., p. 414), uno dei principali pilastri dell'istituto risiede nel §185.1 del BGB, relativo agli «atti di disposizione da parte di un non proprietario» («*Verfügung eines Nichtberechtigten*»), così formulato: «(1) *Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt*. (2) *Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam*». «(1) Una disposizione effettuata su un bene da un non possessore è efficace se è effettuata con il consenso del possessore. (2) La disposizione è efficace se il possessore la ratifica, o se il disponente acquista il bene o se lo eredita e il possessore risponde illimitatamente per gli obblighi del *relict caudale*. In questi ultimi casi, se sono state fatte diverse disposizioni incompatibili sul bene, solo la prima disposizione è efficace» (trad. Carlos Melon Infante, *Código Civil alemán (BGB)*, appendice al *Tratado de derecho civil* di L. Enneccerus, T. Kipp e M. Wolff, Barcellona, 1955, p. 36).
(17) C. Tunze, cit., 2020, pp. 1-8.
(18) R. Holzhammer, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*, II ed., Wien, 1976, p. 79; e T. Kunz, *Die Prozessstandschaft: eine Untersuchung der Klagebefugnisse Dritter im österreichischen Zivilfahren*, cit., pp. 153-182.
(19) J. Stamm, *Zur Frage der Existenzberechtigung der Prozessführungsbefugnis - Ihre Rückführung auf das materielle Recht*, cit., p. 414.

ferendo «legittimazione straordinaria» (20). In ogni caso, è da preferire la soluzione chiovendiana per differenziare sostituzione e rappresentanza processuale (21).

Gli esempi più comuni di sostituzione processuale nell'ordinamento italiano sono: *i)* azione surrogatoria (art. 2.900 c.c. (22)); *ii)* acquirente della cosa o del diritto controverso che non entra nel rapporto processuale in sostituzione del venditore (art. 111 c.p.c.(23)); *iii)* l'estromissione del garantito (art. 108 c.p.c. (24)); *iv)* pluralità di interessati all'annullamento di un atto (art. 1.421 c.c. (25)); *v)* azione di responsabilità degli amministratori promossa dal socio di una società a responsabilità limitata (art. 2.476 c.c.) o dall'azionista di una società per azioni (art. 2.393bis c.c. (26)); *vi)* l'azione confessoria o negatoria dell'usufruttuario (art. 1.012, comma 2, c.c. (27)); *vii)* azione di un creditore pignoratizio che rivendica la cosa data in pegno (art. 2.789 c.c.); e *viii)* azione di nullità del matrimonio (art. 117 c.c.).

Una situazione particolare si riscontra nel contesto delle cosiddette *azioni dirette*, che sono intentate da individui riconosciuti come legittimati a chiedere un

(20) L.P. Comoglio e A. Stesuri, *Commento all'art. 81*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile,* a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, vol. 1, Torino, 2012, pp. 1053-1056; e C. Consolo*, Spiegazioni di diritto processuale civile,* I, XII ed., Torino, 2019*,* p. 566. D'altro canto, E. Fazzalari *Sostituzione processuale,* in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 160), e F.P. Luiso (*Diritto processuale civile*, I, VIII ed., Milano, 2015, pp. 212-218) utilizzano l'espressione «sostituzione processuale» solo se il sostituto non è un litisconsorte necessario del sostituito. Per questi autori, la sostituzione processuale sarebbe una specie del genere legittimazione straordinaria. F. Corsini usa i termini come sinonimi (*Parti*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, p. 297). C. Cecchella sostiene che «sostituzione processuale» e «legittimità straordinaria» sarebbero istituti distinti, che non sarebbero nemmeno correlati come *species* e *genus*, poiché nel primo caso non esiste un diritto o un interesse proprio (come nel caso dell'alienante del bene controverso) e nel secondo esiste un diritto proprio (come nell'azione surrogatoria) (*Sostituzione processuale*, in *Dig. disc. priv.*, XVIII, V ed, Torino, 1998, pp. 638-639).

(21) G. A. Monteleone, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, p. 188; L. Montesano e G. Arieta, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 1993, p. 123; L. P. Comoglio, C. Ferri e M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1998, p. 248; G. Verde, *Profili del processo civile*, I, VI ed., Napoli, 2002, p. 204; G.F. Ricci, *Diritto processuale civile*, I, IV ed., Torino, 2012, p. 202; F. Corsini, *Parti*, cit. p. 295).

(22) A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Napoli, 2014, p. 289. Nello stesso senso, C. Consolo afferma che si tratta di una «ipotesi esemplare» di sostituzione processuale (*Spiegazioni di diritto processuale civile,* cit., p. 566). D'altra parte, G.F. Ricci dubita che l'azione surrogatoria sia un caso di sostituzione processuale, considerando che la parte sostituita è un contitolare (*Diritto processuale civile*, cit., p. 202).

(23) Nonostante la maggior parte della dottrina (ad es. E. Fazzalari, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1995, p. 76, e L.P. Comoglio, C. Ferri e M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 301) riconosca che si tratterebbe di un caso di sostituzione processuale, C. Consolo è di parere opposto (*Spiegazioni di diritto processuale civile,* cit., p. 166).

(24) A. Attardi, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv.,* sez. civ., X, Torino, 1993, p. 530.

(25) L. P. Comoglio e A. Stesuri, *Commento all'art. 81,* cit., p. 1066.

(26) F. Corsini, *Parti*, cit., p. 322.

(27) A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 289.

provvedimento giudiziario in relazione a rapporti giuridici di cui non sono parte, sulla base di un secondo rapporto giuridico collegato (28). Esempi tipici sono i seguenti: *i)* azione del locatore contro il subaffittuario per riscuotere l'affitto (art. 1.595 c.c.); *ii)* azione del subappaltatore contro il proprietario dell'opera per riscuotere ciò che gli è dovuto (art. 1.676 c.c.); *iii)* azione del mandante per riscuotere in tribunale i crediti derivanti dagli atti dell'agente senza rappresentanza (art. 1.705, comma 2, c.c.); *iv)* un'azione del danneggiato contro la compagnia di assicurazione che ha emesso una polizza RC Auto a favore di chi ha causato il danno (art. 144, D.Lgs. 209/2005) (29).

C'è chi ritiene che le *azioni dirette* siano casi di sostituzione processuale (30), poiché l'attore agisce in relazione a un rapporto giuridico di cui non è parte (31). Tuttavia, Giampiero Balena (32) rifiuta questa concezione perché ritiene che l'autore dell'*azione diretta* trasmetta il proprio diritto (33). In modo analogo, Claudio Consolo (34) sottolinea che, nelle *azioni dirette*, l'attore cerca una tutela *immediata* per un proprio diritto, mentre nelle azioni promosse dal sostituto processuale, l'effetto sperimentato dall'attore è meramente *mediato* (ad esempio, nell'azione sociale per la responsabilità dell'amministratore o nell'azione surrogatoria, l'obiettivo dell'attore è principalmente quello di recuperare i beni del proprio debitore, senza ottenere direttamente una tutela del proprio diritto di credito). Anche così,

---

(28) Secondo G. Balena, l'azione diretta è caratterizzata dall'esistenza di «rapporti obbligatori distinti e autonomi, il cui unico elemento di connessione – ovviamente irrilevante sul piano sociale – è rappresentato dalla circostanza che il soggetto passivo del rapporto è al tempo stesso il soggetto attivo dell'altro, il che implica che, ogniqualvolta la possibilità, per il creditore, di rivolgersi *direttamente* al debitore *del* proprio debitore» (*Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari, 1990, p. 5).
(29) Esistono altri casi di azioni dirette da parte della vittima nei confronti dell'assicuratore che ha emesso la polizza alla persona che ha causato il danno, nel contesto dell'assicurazione del trasporto passeggeri (art. 141 del D.Lgs. 209/2005) e dell'assicurazione della responsabilità medica (L. 24/2017).
(30) A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 293; C. Mandrioli e A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, XXIV ed., Torino, 2015, p. 58; L. P. Comoglio e A. Stesuri, *Commento all'art. 81,* I, cit. Torino, p. 1050.
(31) Un argomento sollevato da G. Costantino, sebbene lo stesso autore riconosca che le *azioni dirette* non comportano una «sostituzione processuale in senso stretto» (*Legittimazione ad agire,* in *Enc. Giur. Treccani,* XVIII, Roma, 1990, p. 8).
(32) *Contributo allo studio delle azioni dirette*, cit., p. 7.
(33) Un diritto può essere proprio anche se nasce da un contratto di cui il titolare non è parte. A tal fine, è sufficiente riconoscere la categoria della «stipulazione a favore di terzi» (articoli da 1.401 a 1.405 del Codice Civile). In mancanza di ciò, è possibile riconoscere una sostituzione processuale che, per di più, dovrebbe essere negoziata, come intendeva E. Allorio, *Assicurazione e sostituzione processuale volontaria*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1935, pp. 415-426, prima del CPC italiano del 1940. I dottori di altri Paesi hanno gli stessi dubbi, come l'Argentina (T. E. Sosa, *Citación en garantía de la asseguradora: sustitución procesal y litisconsorcios facultativos,* in *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1994, p. 257-301) e il Portogallo (J. Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo Código*, IV ed., Coimbra, 2017, p. 78).
(34) *Spiegazioni di diritto processuale civile,* cit., pp. 568-576.

gli istituti sono vicini, con riferimento all'*azione surrogatoria* come genus (35), che comprenderebbe due specie: *i) l'azione surrogatoria diretta* (o semplicemente *azione diretta*, senza sostituzione processuale); e *ii) l'azione surrogatoria indiretta* (o *azione surrogatoria* in senso stretto, con sostituzione processuale).

D'altra parte, vi sono dubbi sul fatto che la sostituzione processuale sia caratterizzata o meno dalla costituzione di parte civile da parte del Pubblico Ministero (art. 69 c.p.c. (36)) a favore, ad esempio, di persone incapaci (37) o in altre questioni familiari (38), anche se resta inteso che questi casi sono esaustivamente previsti dalla legge (39). A sua volta, il curatore speciale (art. 78 c.p.c. (40)) è considerato un rappresentante (41).

È ampiamente riconosciuto che i poteri del sostituto processuale sono limitati agli atti di disposizione in termini di diritto sostanziale (42).

È inoltre diffusa l'idea che la parte sostituita (legittimata ordinaria), in alcuni casi, *possa* e, in altri, *debba* partecipare al contraddittorio (43) (formando una *joint venture* facoltativa e, rispettivamente, necessaria (44)). Per una parte influente della dottrina, l'effettiva possibilità di partecipazione della parte ordinaria legittimata

---

(35) G.A. Monteleone, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., pp. 224-288.

(36) Questa azione del pubblico ministero viene comunemente definita «sostituzione officiosa» (ad esempio C. Consolo*, Spiegazioni di diritto processuale civile,* cit., p. 566).

(37) L. P. Comoglio, C. Ferri e M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 248, e F. Corsini, *Parti.*, cit., p. 300. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 292, nega questa qualità, ritenendo che la discussione sarebbe «oziosa» e «inutile».

(38) L. P. Comoglio e A. Stesuri, *Commento all'art. 81*, cit., pp. 978-979.

(39) Mario Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1970, pp. 66-70 e 117-130.

(40) Il curatore speciale deve essere nominato nei seguenti casi (art. 78 del c.p.c.): *i)* quando il rappresentante o l'assistente del minore o dell'associazione non riconosciuta è assente, fino al suo ritorno; *ii)* quando c'è un conflitto di interessi tra il rappresentante e il rappresentato; *iii)* quando entrambi i genitori hanno chiesto la rimozione della potestà familiare o uno ha chiesto quella dell'altro; *iv)* in un'azione dell'autorità pubblica a favore di un minore a rischio; *v)* quando c'è un rischio di danno per il minore a causa della mancanza di un'adeguata rappresentanza da parte di entrambi i genitori; e *vi)* quando è richiesto da un minore di età superiore ai 14 anni.

(41) G. F. Ricci, *Diritto processuale civile*, cit., p. 200.

(42) G. Verde, *Profili del processo civile*, cit., p. 208, e C. Cecchella, *Sostituzione processuale,* cit., p. 641.

(43) A. Proto Pisani, *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile*, Milano, 2015, p. 119; L. Montesano e G. Arieta, *Diritto processuale civile*, cit., p. 124; F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., p. 220.

(44) Il primo gruppo comprende, tra gli altri casi, la vendita della cosa in contestazione (E. Fazzalari, *Sostituzione processuale*, cit., pp. 160-161). Il secondo gruppo comprende, tra le altre ipotesi, l'azione surrogatoria, alla quale partecipano il creditore (legittimato straordinario), il debitore (legittimato ordinario) e il debitore del debitore (E. Fazzalari, *Sostituzione processuale,* cit., p. 160). Già E. Garbagnati, nella sua classica opera citata, sosteneva che la posizione del sostituto che ha aderito deve essere la stessa del sostituito, pur non riconoscendo una vera e propria joint venture tra loro, ma piuttosto un processo plurilaterale (*La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, Milano, 1942, pp. 268 e 272).

(processualmente sostituita) sarebbe una condizione per essere vincolata dal giudicato (45), anche se diversi autori più anziani ritengono che esista la possibilità (eccezionale) di estendere il giudicato a soggetti che non sono stati integrati nel contraddittorio (46).

Infine, la dottrina in generale rifiuta la sostituzione processuale volontaria (47), a causa del testo dell'art. 81 del *Codice* (secondo cui l'istituto si applicherebbe solo nei «casi espressamente previsti dalla legge» (48)), dell'art. 24.1 della Costituzione (secondo cui «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (49)) e, infine, a causa del fatto che il negozio giuridico processuale è tipico del sistema giuridico italiano (50).

4. Diritto spagnolo

In Spagna, l'istituto della sostituzione processuale è previsto dall'art. 10 della Legge Giudiziaria Civile del 2000, che stabilisce che le parti legittimate sono quelle che sono «titulares de la relación jurídica u objeto litigioso», tranne nei casi «en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular». Tuttavia, sia prima che dopo l'avvento di questa disposizione (che non ha eguali nella LEC del 1881) l'istituto viene descritto e inteso in dottrina sulla base della lezione di Chiovenda (51), anche se per decenni si è registrata una diffusa divergenza terminologica (52).

---

(45) Ad esempio, G. A. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., p. 119; S. Menchini, *Il giudicato civile*, 2ª ed., Torino, 2002, p. 190; e A. Proto Pisani, *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile*, cit., p. 102.

(46) Ad esempio, E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 249-262; C. Mandrioli, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, pp. 136 e ss. e F. Carpi, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 302 e ss.

(47) C. Mandrioli, *La rappresentanza nel processo civile*, cit., pp. 259-265, L.P. Comoglio, C. Ferri e M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 247; F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 212-218; G. F. Ricci, *Diritto processuale civile*, cit., p. 202; e L. P. Comoglio e A. Stesuri, *Commento all'art. 81*, cit., p. 1065; e F. Corsini, *Parti*, cit., p. 296. Rare e annose eccezioni si trovano nel testo di E. Allorio precedente all'avvento del c.p.c. del 1940 (*Assicurazione e sostituto processuale volontario,* cit., pp. 415-426) e in un breve passaggio di E. Garbagnati (*La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, Milano, 1942, pp. 234-235).

(48) «[C]asi espressamente previsti dalla legge».

(49) «Le parti possono agire in giudizio per tutelare i propri diritti e interessi legittimi».

(50) Argomento utilizzato da C. Cecchella, *Sostituzione processuale,* cit., p. 639.

(51) Ad eccezione di E.G. Orbaneja, che partiva dalla premessa che la linea di demarcazione tra sostituzione e rappresentanza sarebbe stata difficile da stabilire e, per questo motivo, chiamava il primo istituto «representacióm mediata» (*Derecho procesal civil*, I, VIII ed., Madrid, 1976, p. 124).

(52) L. Prieto-Castro y Ferrándiz preferiva le espressioni «desplazamiento de legitimación» o «legitimación indireta», *Diritto processuale civile*, I, III ed., Madrid, 1984, p. 69). F. Ramos ha preferito il termine «legitimación extraordinaria» (*Diritto processuale civile*, vol. 1, Barcellona, 1985, p. 250). J. Guasp e P. Aragoneses hanno proposto che la legittimità indiretta sia una categoria che comprende

La materia riceve una «influenza negativa» dall'azione surrogatoria (53), che si rivela nella tendenza di parte della dottrina contemporanea a restringere il concetto alle ipotesi in cui il terzo difende, in nome e interesse proprio, il diritto altrui, allo scopo di superare l'inerzia del titolare lesiva del rapporto giuridico commerciale di dipendenza intercorrente tra le due parti (54).

Oltre alla «*acción subrogatoria*» (art. 1.111 c.c.), i casi più rilevanti in cui esiste un consenso dottrinale sulla sua catalogazione nella categoria della sostituzione processuale sono: *i)* l'azione del creditore del pegno sulla cosa data in pegno (art. 1.869 c.c. (55)); *ii)* l'azione del subappaltatore nei confronti del proprietario dell'opera (art. 1.597 c.c. (56)); e *iii)* la legittimazione del locatore a richiedere al subaffittuario l'importo del canone di locazione concordato (art. 1.552 c.c. (57)). In generale, la sostituzione processuale non è considerata esistente nei casi di co-legittimazione, in cui un co-titolare difende da solo il diritto incalcolabile che appartiene contemporaneamente a lui e a un altro (58).

Una disposizione molto interessante si trova nell'art. 150.2 della LEC, che fornisce una base giuridica per richiedere al giudice di coinvolgere nel procedimento «*pessoas que* […] *possam ser afetadas pela resolução que põe fim ao procedimento*» (59), anche se non diventano propriamente co-litiganti. Questa regola includerebbe il sostituto processuale (60), che, una volta intervenuto, potrebbe opporsi alla domanda del sostituto (61).

---

la sostituzione processuale e la rappresentanza processuale (*Derecho procesal civil*, vol. 1, VII ed., Cizur Menor, 2005, p. 223). Nella stessa ottica, A. De La Oliva Santos e I. Diéz-Picazo Giménez hanno sostenuto che la legittimazione indiretta è un genere, con due specie: *i)* la legittimazione per sostituzione, in cui il sostituto ha un interesse personale; e *ii)* la legittimazione rappresentativa, in cui il rappresentante non ha alcun interesse personale (*Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, III ed., Madrid, 2004, p. 156); J. M. Asencio Mellado, *Derecho procesal civil: parte primera*, Valencia, 2008, pp. 84-85 e V. Cortés Dominguez e V.M. Catena, *Derecho procesal civil: parte general*, III ed., Valencia, 2008, pp. 87-88) preferiscono il termine «legitimación extraordinaria», di cui solo un tipo è la sostituzione processuale. J. N. Fenoll (*La sustitución procesal*, Madrid, 2004, p. 62) e B. Sánchez López (*La sustitución procesal: análisis crítico*, Madrid, 2017, *passim*) accolgono con favore il termine «sostituzione processuale», sebbene lo applichino a un gruppo di casi più ristretto rispetto alla generalità della dottrina spagnola.

(53) J.N. Fenoll, *La sustitución procesal*, cit., pp. 15 e 27.

(54) Si veda la definizione di J.N. Fenoll: «la instituición jurídica en virtud dela cual un sujeto defende ante la Jurisdición intereses ajenos, con el objeto de que la pasividad del titular en la defensa de dichos intereses no prejudece una relacción negocial previa que posee con dicho titular» (*La sustitución procesal*, cit., p. 44). L'autore si è astenuto dal nominare gli altri fenomeni in cui vi è una difesa del diritto altrui in nome proprio senza un rapporto giuridico negoziale correlato.

(55) F. Ramos, *Derecho procesal civil*, cit., p. 257.

(56) J. Montero Aroca, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcellona, 2007, pp. 52-53.

(57) F. Cordón Moreno, *De nuevo sobre la legitimaciòn*, in *Revista de Derecho Procesal*, I, 1997, pp. 45-83; J. N. Fenoll, *La sustitución procesal*, cit., p. 58.

(58) E. Gomez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, cit., p. 146 e J. N. Fenoll, *La sustitución procesal*, cit., pp. 82-83.

(59) «[…] persone che […] possono essere interessate dalla decisione che conclude il procedimento».

(60) J.N. Fenoll, *La sustitución procesal*, cit., pp. 118-119.

(61) J. Montero Aroca, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 385-386.

Infine, si riconosce una divisione dei poteri tra il sostituto (depositare e ritirare l'azione, compiere tutti gli atti processuali) e il sostituito (compiere atti di disposizione in termini materiali (62)). In generale, la sostituzione processuale volontaria non viene ammessa (63).

5. Diritto francese

Nel diritto francese, l'influenza della dottrina tedesca e italiana è molto meno intensa. La parte finale dell'art. 31 del *Code de Procédure Civile* sembra essere la base per il riconoscimento dell'istituto, in quanto afferma che il diritto di azione appartiene a […] tutti coloro che hanno un interesse legittimo all'accoglimento o al rigetto di una domanda, *ad eccezione dei casi in cui la legge attribuisce il diritto di agire solo alle persone che essa qualifica per promuovere o contrastare una domanda, o per difendere un interesse specifico* (64).

Così, sebbene vi siano autori che accettano la concezione chiovendiana (soprattutto quando utilizzano l'espressione «azione in sostituzione» per descrivere l'azione promossa per la «difesa dell'interesse altrui» (65)), la dottrina costruisce soluzioni simili utilizzando ragionamenti e terminologie diverse (66), soprattutto perché il concetto di legittimazione («*qualité*») è in qualche misura assorbito dal concetto di interesse (67).

Il caso principale trattato in dottrina è appunto l'«azione obliqua» (*rectius*, azione di surrogazione - art. 1.341-1, CC), ma vengono citati come esempi di «action en substitution» anche: *i)* l'azione sociale *ut singuli* esercitata dai soci o dagli azionisti, in luogo della società, nei confronti dei dirigenti in caso di inadempienze gestionali (artt. L223-22 del *Code de Commerce*) (68); e *ii)* l'azione sindacale a favore di un diritto del singolo lavoratore (art. L2.262-9 del *Code du Travail*) (69).

---

(62) J.N. Fenoll, *La sustitución procesal*, cit., pp. 101-107.

(63) J. Montero Aroca, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 323-324; B. Sánchez López, *La sustitución procesal: análisis crítico*, cit., p. 279.

(64) Traduzione libera, sottolineatura inserita nella trascrizione. Il testo originale della disposizione è il seguente: «*Art. 31. L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé*».

(65) L. Cadiet e E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, XI ed., Paris, 2020, p. 330, e S. Armani-Mekki e Y. Strickler, *Procédure civile*, Paris, 2014, p. 147.

(66) G. Cornu e J. Foyer (*Procédure civile*, III ed., Paris, 1996, pp. 335-336) affermano che la «qualité pour agir» può essere espressamente attribuita dalla legge a determinate persone («*sujets attitrée*») - nel qual caso vengono intentate azioni «titolate» («*action attitrées*»), mentre, in assenza di attribuzione legale, il diritto di agire appartiene a tutte le parti interessate, nel qual caso viene intentata la cosiddetta «action banale».

(67) J. Vincent e S. Guinchard, *Procédure civile*, XXVII ed., Paris, 2003, p. 140.

(68) L. Cadiet e E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 346.

(69) S. Armani-Mekki e Y. Strickler, *Procedura civile*, cit., p. 147.

6. Diritto portoghese

L'art. 30 del c.p.c. portoghese del 2013 (che riproduce, con modifiche, l'art. 26 del c.p.c. del 1961, modificato dal decreto 180/1996) definisce il concetto di legittimazione nel suo primo paragrafo: «[o] autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse direto em contradizer». Il comma 3, a sua volta, pur senza fare espresso riferimento alla denominazione dell'istituto, afferma che, «*na falta de indicação da lei em contrário*, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor» (corsivo aggiunto). In assenza dell'adozione di un espresso riferimento nel testo di legge, la dottrina è divisa (70), ma vi è consenso sugli elementi più rilevanti del fenomeno, che sono: *i)* la possibilità che la legge preveda la non necessaria coincidenza tra la titolarità del diritto sostanziale e *ii)* la legittimazione a difenderlo in giudizio in nome e interesse proprio.

Gli esempi più rilevanti sono: *i)* azione surrogatoria (art. 606 c.c. (71)) e *ii)* alienazione della cosa o del diritto controverso (art. 263, c.p.c. (72)). Autorevole dottrina ritiene che vi sia sostituzione processuale quando uno dei comproprietari agisce isolatamente per il diritto che appartiene contemporaneamente a lui e a un altro (73). In alcuni casi, la parte sostituita deve essere integrata nel processo (come nell'azione di surrogazione) e in altri, non necessariamente (74).

João de Castro Mendes e Miguel Teixeira Sousa (75) apportano un profondo contributo allo studio della materia proponendo due distinte classificazioni. La prima è quella tra sostituzione «rappresentativa» (di natura «altruistica») e so-

(70) A.S. Abrantes Geraldes, P. Pimenta e L.F. Pires Sousa utilizzano il termine «legittimazione straordinaria o indiretta» (*Código de Processo Civil anotado*, I, Coimbra, 2018, p. 59). F.M. L. Ferreira de Almeida preferisce la «legittimazione indiretta» come specie che includerebbe la rappresentanza e la sostituzione processuale (*Direito* processual *civil*, II ed., Coimbra, 2018, pp. 383-384). P. Costa Silva (*Azione esecutiva basata su sentenza e sostituzione processuale,* in *Estudos em memória do professor doutor João de Castro Mendes*, Lisbona, 1995, pp. 152-173), T. Quintela de Brito (*A perspective on legal procedural substitution and the subjective effectiveness of res judicata,* in *Studies in memory of Professor João de Castro Mendes*, Lisbona, 1995, pp. 102-148) e J. Lebre de Freitas (*Introduzione alla procedura civile: concetto e principi generali alla luce del nuovo Codice*, IV ed., Coimbra, 2017, p. 7) utilizzano l'espressione «sostituzione processuale». J. de Castro Mendes e M. Teixeira Sousa (*Manual de processo civil*, I, Lisbona, 2022, pp. 336-338) utilizzano i termini «legittimazione indiretta» e «sostituzione processuale» come sinonimi.

(71) A. S. Abrantes Geraldes, P. Pimenta e L. F. Pires Sousa, *Código de Processo Civil anotado*, cit., p. 59.

(72) J. Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil,* cit., p. 78.

(73) J. de Castro Mendes e M. Teixeira Sousa, *Manual de processo civil*, cit., pp. 339-340. *Contra*, C. Lopes do Rego, *Legittimità delle parti e interesse a intervenire nei procedimenti civili,* in *Revista do Ministério Público*, 1990, p. 44.

(74) J. de Castro Mendes e M. Teixeira Sousa, *Manual de processo civil*, cit., p. 337.

(75) *Manual de processo civil*, cit., pp. 338-340.

stituzione «non rappresentativa» (di natura «egoistica»): nella prima, il sostituto difende diritti primariamente altrui (ad esempio, il curatore fallimentare); nella seconda, vi sarebbe la difesa (anche se non esclusiva) di diritti propri (ad esempio, l'azione degli eredi del donatore per recuperare i beni donati in caso di ingratitudine). La seconda è quella tra sostituzione «propria» (in cui il sostituto agisce da solo dal punto di vista processuale) e sostituzione «impropria» (in cui il sostituto e il sostituito partecipano entrambi al processo).

Esiste una controversia sull'ammissibilità della sostituzione processuale volontaria (76), mentre in generale non si comprende come il Pubblico Ministero possa essere considerato un sostituto processuale dell'incapace o dell'assente (77), né del curatore speciale, ancorché in entrambi i casi il c.p.c. usa il termine «rappresentanza» (artt. 17 e 20-23).

7. Diritto nei Paesi dell'America del Sud

I sistemi giuridici e la dottrina latinoamericana, come spesso accade (78), sono fortemente influenzati dai sistemi e dagli studiosi europei, soprattutto italiani (e, a questo proposito, dalle idee di Chiovenda).

Gli ordinamenti argentino, cileno e colombiano non prevedono espressamente l'istituto della sostituzione processuale, che è invece accolto dalla dottrina, anche se con una terminologia diversa (79).

---

(76) Contro: T. Quintela de Brito, *Uma perspectiva sobre a substituição processual legal e a eficácia subjetiva do caso julgado*, cit., p. 110. A favore: J. de Castro Mendes e M. Teixeira Sousa, *Manuale del processo civile*, cit., p. 338.

(77) J.A. dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, IV, III ed. reimpr., Coimbra, 2004, p. 35; A. S. Abrantes Geraldes, P. Pimenta e L. F. Pires Sousa, *Código de Processo Civil anotado*, cit., p. 52; e F.M. L. Ferreira de Almeida, *Direito processual civil*, cit., p. 379; J. de Castro Mendes e M. Teixeira de Sousa, *Manual* de *processo civil*, cit., p. 290.

(78) Come riconosciuto in Argentina (S. Sentis Melendo, *La escuela procesal italiana: su influencia sobre los estudios procesales argentinos*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, pp. 187-204); in Messico (N. Alcalá-Zamora Y Castillo, *Estudios de teoría general y historia del proceso*, 2, Mexico, 1992) e in Colombia (M. Vásquez Alfaro, *La ciencia útil: una reconstrucción de las conociencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina,* Bogotà, 2015, *passim*).

(79) In Argentina, L. E. Palacio utilizza la terminologia chiovendiana (*Derecho procesal civil*, 2, IV ed. aggiornata da C.E. Campos, Buenos Aires, 2017, p. 1181). Altri autori preferiscono nomi diversi, come «legittimazione anomala» (R. Arazi, *La legitimación como elemento de la acción*, in *La legitimación: homenaje al Professor Doctor Lino Enrique Palacio,* a cura di A.M. Morello, Buenos Aires, 1996, p. 26) o «legittimazione atipica» (J.W. Peyrano, *Legitimaciones atípicas,* in *La legitimación: homenaje al Professor Doctor Lino Enrique Palacio*, a cura di A.M. Morello, cit., p. 79-90). In Cile si preferisce il termine «legittimazione straordinaria» (C. Contreras Rojas e J. Delgado Castro, *Proceso civil: normas comunes a todo procedimento e incidentes*, a cura di G. Cortez Matcovit e D. Palomo Vélez, Santiago, 2018, p. 122, e A. Romero Seguel, *Curso de derecho procesal civil: la acción y la protección de los derechos*, 1, III ed., Santiago, 2017, p. 119). Si noti che quest'ultimo autore propone di considerare il termine «legittimità straordinaria» come un *genus*,

Solo il *Codice generale di procedura* uruguaiano contempla testualmente la «sostituzione processuale», differenziandola dalla «rappresentanza processuale» e riproducendo esattamente la formula chiovendiana (80).

In alcuni di questi ordinamenti si ripetono gli esempi dell'azione surrogatoria (ad esempio, l'art. 739 del c.c. argentino e l'art. 2.466, comma 1, del c.c. cileno) e dell'acquirente della cosa controversa (ad esempio, l'art. 44 del c.p.c. nazionale argentino, l'art. 35 del CGP uruguaiano e l'art. 68 del c.p.c. colombiano).

8. Diritto brasiliano

Il tema della sostituzione processuale rimane poco esplorato nella dottrina brasiliana. Ad eccezione di tre monografie dedicate all'analisi generale dell'istituto (l'ultima all'inizio del XXI secolo (81)) e di due con sezioni più specifiche (nessuna delle quali pubblicata in versione commerciale (82)), il diritto processuale brasiliano soffre della mancanza di studi più approfonditi sul tema (83). I pochi lavori monografici a cui si fa riferimento hanno seguito a grandi linee la struttura e la metodologia degli scritti di Giuseppe Chiovenda (84) e di Edoardo Garbagnati (85), vale a dire *i)* una descrizione del fenomeno (dividendolo da altri simili, come la rappresentazione processuale e la successione); *ii)* la presentazione di un elenco non esaustivo di ipotesi; e *iii)* la proposizione di soluzioni ad alcuni problemi (come i poteri del sostituto e del sostituito, l'opportunità o meno della sostituzione processuale volontaria e l'assoggettamento o meno del sostituito al giudicato).

---

di cui la sostituzione processuale e la legittimità collettiva sarebbero specie (*idem*, p. 123). Anche la Colombia preferisce «legitimación extraordinária» (P.P. Cardona Galeano, *Manual de derecho procesal civil*, V ed., Bogotá, 2007, p. 322, e M.E. Rojas Gómez, *El processo civil colombiano*, III ed., Bogotá, 2007, p. 89).

(80) «Art. 36. Rappresentanza processuale e sostituzione. 36.1 Può agire per la parte un rappresentante, sia esso stabilito dalla legge o da un potere conferito a tal fine. 36.2 Nessuno può rivendicare in nome proprio alcun diritto, salvo nei casi in cui sia autorizzato dalla legge».

(81) W. Mariz de Oliveira Jr., *Substituição processual*, São Paulo, 1971; E. de Campos Jr., *Substituição processual*, São Paulo, 1985 e M.S. Neto, *Substituição processual*, São Paulo, 2002.

(82) N. Finotti Silva, *Substituto processual: limites subjetivos da coisa julgada em relação ao substituído perante das garantias constitucionais do acesso à Justiça e do contraditório*, São Paulo, 2008 e P. H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, São Paulo, 2014.

(83) L. C. Batista Cintra ha sottolineato che «la scarsità di opere sulla sostituzione processuale nella dottrina processuale civile brasiliana e straniera fa sì che l'argomento, sebbene classico, sia ancora una fonte permanente di dubbi per i processualisti» (*Sostituzione processuale nel processo civile individuale e partecipazione della parte sostituita: tra assistenza litisconsortile e litisconsorzio necessario*, in *Revista de Processo*, 2019, p. 2).

(84) *Principi di diritto processuale civile,* Napoli, 1965, e *Instituições de direito processual civil,* II, Trad. José Guimarães Menegale, San Paolo, 1943.

(85) *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, Milano, 1942.

La scarsità di studi più approfonditi è tanto più preoccupante se si considera che: *i)* il c.p.c. del 2015 contiene diverse disposizioni sull'istituto senza alcuna corrispondenza con il c.p.c. del 1973 che, interpretate nel loro insieme, sono in grado di offrire una configurazione diversa (86); *ii)* l'istituto è chiaramente rilevante, in quanto diffuso nell'ordinamento giuridico brasiliano, senza alcun parallelo in sistemi con i quali condivide radici comuni; e *iii)* la frequenza con cui vengono sollevati dubbi su di esso (non solo tra gli studiosi, ma soprattutto nei tribunali), sia da un punto di vista concettuale che in termini applicativi.

La situazione diventa ancora più grave se si considerano l'eterogeneità delle figure rientranti nella categoria della sostituzione processuale (87) e la difficoltà di distinguerla da altre figure (88), in particolare la rappresentanza processuale, un compito ancora svolto sulla base del chiovendiando criterio distintivo accettato unanimemente nel diritto processuale, di «agire in nome proprio in difesa di un diritto altrui» *contro* «agire in nome altrui in difesa di un diritto altrui».

La dottrina brasiliana ha iniziato ad alludere alla sostituzione processuale (e anche in questo caso, ripetendo il concetto chiovendiano senza ulteriori elaborazioni) solo dopo la promulgazione del c.p.c. del 1939 (89), anche se lo stesso non

---

(86) In particolare gli artt. 18, comma unico, e 121, comma unico.

(87) J.N. Fenoll sottolinea che sotto la stessa categoria si trova una «congerie di figure giuridiche complesse e molto imprecise» (*La sustitución procesal*, cit., p. 29). Nella stessa ottica, B. Sánchez López osserva che «basta dare una rapida occhiata alle diverse supposizioni che storicamente sono state avanzate come ipotesi di sostituzione processuale per dimostrare che essa ha dato luogo alle supposizioni più eterogenee e che, nel loro insieme, possono persino portare a seri dubbi sull'estesa natura eccezionale della sostituzione processuale. Dall'azione surrogatoria, impropriamente chiamata, alle azioni dell'Agenzia delle Entrate in quanto parte processuale; dalle azioni esercitabili dal titolare di un diritto di proprietà a quelle che spettano all'usufruttuario; passando per quelle dei vicini in difesa dei beni comuni *ex* art. 68 LBRL o addirittura per fenomeni che obbediscono ad altre nozioni processuali indipendenti (come avviene in Italia con quella che conosciamo come successione processuale), tutte queste supposizioni e anche altre meno nominate sono state designate come ipotesi di sostituzione processuale, perché si è creduto di vedere in esse, secondo la concezione chiovendiana della sostituzione processuale, l'esercizio in nome proprio di un diritto estraneo» (*La sustitución procesal: análisis crítico*, cit., p. 20).

(88) «È più comune che la sostituzione appaia mescolata o confusa con altri istituti o procedure, come la successione processuale o la rappresentanza» (B. Sánchez López, cit., p. 22).

(89) P. Batista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, Rio de Janeiro, 1942, p. 313; J. Bonumá, *Direito processual civil*, I, São Paulo, 1946, p. 528-530; A. de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, I, II ed., Rio de Janeiro, 1959, p. 390; J. F. Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, III ed., Rio de Janeiro, 1966, pp. 176-177; M. Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, III ed., São Paulo, 1968, p. 385; W. Mariz de Oliveira Jr, cit., pp. 216-217; A. Alvim, *Substituição processual*, in *Doutrinas essenciais de processo civil*, III, São Paulo, 2011, pp. 435-454 [1971 testo ripubblicato, in versione elettronica]; A.C. de Araújo Cintra, *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro*, in *Doutrinas essenciais de processo civil*, III, São Paulo, 2011, pp. 455-476 [1972 testo ripubblicato, in versione elettronica]. P. de Miranda criticò l'espressione «sostituzione processuale», ma senza proporne un'altra al suo posto e, in termini generali, descrisse il fenomeno alla stregua della dottrina che accettava la concezione chiovendiana (*Comentários ao Código de Processo Civil*, II, II ed., Rio de Janeiro, 1958, p. 7).

contemplava l'istituto. Prima del primo c.p.c. nazionale, l'istituto veniva semplicemente ignorato (90), oppure erroneamente evocato (91).

Una vera e propria svolta nella dottrina brasiliana si trova nel famoso saggio di José Carlos Barbosa Moreira intitolato *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária* (92) e pubblicato mentre era ancora in vigore il c.p.c. del 1939. Dopo aver fissato il concetto di «legittimazione» (93), Barbosa Moreira afferma che, «per speciali ragioni di convenienza», la legge può, in casi eccezionali, concedere la legittimazione a coloro che non sono parte del rapporto processuale (94). Si tratterebbe di una «legittimazione straordinaria» che, secondo il processualista, potrebbe essere distinta nelle seguenti categorie (95):

i) *Legitimação extraordinária autônoma exclusiva*: solo la parte legittimata in via straordinaria può proporre la domanda, quella ordinaria no. Esempio: il marito che difende la dote in tribunale (art. 289, III, c.c. del 1916 (96)), nel qual caso la moglie potrebbe intervenire solo come parte accessoria. Solo in questo caso si avrebbe *sostituzione processuale* (97);
ii) *Legitimação extraordinária autônoma concorrente primária*: il legittimato ordinario, il legittimato straordinario o entrambi congiuntamente possono proporre la domanda sin dall'inizio. Esempio: azione di nullità del matrimonio, che può essere proposta da qualsiasi interessato o dal Pubblico Ministero, a

(90) G. de Rezende Filho, che, seppur in modo limitato, si riferiva all'«attore» come a un «sostituto processuale» del convenuto originario, garantito perché «difende in giudizio, in nome proprio, un diritto di cui non è titolare» (*Preleções de* direito *judiciário civil*, São Paulo, 1937, p. 130).
(91) Ad esempio, M.A. de Gusmão ha definito la sostituzione processuale come la «trasmutazione o lo scambio di una forma di processo con un'altra» (*Processo civil e comercial*, III ed., São Paulo, 1934, p. 209).
(92) *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, n. 9, 1969, pp. 41-55.
(93) «La legittimazione è la coincidenza tra la situazione giuridica di una persona, quale risulta dalla richiesta formulata davanti all'organo giudiziario, e la situazione legittimante prevista dalla legge per la posizione processuale a cui quella persona si attribuisce, o che essa stessa intende assumere» (*op. ult. cit.*, p. 42). Ciò rivela un'appartenenza alla teoria dell'asserzione. In senso stretto, la legittimazione è l'atto di conferire legittimità (A. Menezes Cordeiro, *Da legitimidade e da legitimação no direito civil*, in *Revista de Direito Civil*, 1, n. 3, 2016, p. 575 e D. Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo, 1979, p. 12).
(94) O*p. loc. ult. cit*.
(95) *Op. ult. cit.*, pp. 43-45.
(96) La disposizione non ha equivalenti nel c.c. del 2002, che ha abolito questo regime patrimoniale.
(97) A rigore, il nome sembra appropriato solo per i casi di legittimazione straordinaria autonoma ed *esclusiva:* è solo in questi casi, infatti, che la legge *sostituisce* effettivamente il legittimato ordinario con il legittimato straordinario, se per *sostituzione* si intende la *rimozione di una* cosa o di una persona da un certo luogo per collocarvi un'altra. A parte ciò, può anche accadere che, nello stesso processo, il legittimato ordinario e quello straordinario appaiano contemporaneamente in posizioni *equivalenti*. (*Op. ult. cit.*, p. 45). L'autore riconosce, tuttavia, che «la tradizione privilegia l'uso ampio dell'espressione» (*Op. loc. ult. cit.*).

meno che uno dei coniugi non sia già morto (art. 208, comma unico, c.c. del 1916 (98));

iii) *Legitimação extraordinária autônoma concorrente secundária*: la legittimazione *straordinaria* può essere esercitata solo se la legittimazione ordinaria è venuta meno. Esempio: azione di responsabilità degli amministratori di una società per azioni promossa dall'azionista dopo che è trascorso il periodo di sei mesi dalla prima assemblea generale ordinaria (art. 123, D.L. 2.627/1940 (99));

iv) *Legitimação extraordinária subordinada*: il legittimato straordinario non può proporre la causa né comparire come convenuto, ma può intervenire come parte accessoria nella causa promossa da o contro il legittimato ordinario. In questi casi, la legittimazione a stare in giudizio offre un'opportunità di assistenza (100).

Oltre a proporre questa interessante classificazione, che non ha un esatto parallelo nella dottrina straniera, Barbosa Moreira mette in luce un aspetto di capitale importanza: gli interessi dei legittimati ordinari e straordinari possono essere contrapposti, ad esempio nel caso di un'azione di nullità del matrimonio promossa dal Procura della Repubblica o dai familiari contro i coniugi, che difendono la validità dell'atto (101).

Degna di nota è anche la perspicace osservazione che la legittimazione attiva straordinaria è molto più comune della legittimazione passiva e che l'esistenza della prima non implica necessariamente la presenza della seconda (102).

Poco dopo la pubblicazione del testo, entrò in vigore il c.p.c. del 1973, il cui art. 6 riproduceva l'art. 81 del c.p.c. italiano, il che fece sì che la concezione chiovendiana continuasse ad essere privilegiata (103), soprattutto in due delle tre

(98) Questa disposizione è praticamente identica all'art. 1.549 c.c. del 2002.

(99) Questa disposizione è equivalente all'art. 159, §3 e 4, della L. 6.404/1976, che tuttavia stabilisce che la presentazione di un'azione di responsabilità deve essere decisa in assemblea: se approvata, l'azionista può presentare l'azione tre mesi dopo l'eventuale inerzia della società; se respinta, gli azionisti che rappresentano almeno il 5% del capitale possono presentare l'azione.

(100) *Op. ult. cit.*, p. 46. L'autore sottolinea che l'attore ordinario può essere un assistente (parte accessoria) dell'attore straordinario esclusivo, ma sostiene che l'attore ordinario che interviene in una causa intentata da un altro attore ordinario (ad es., uno dei condomini che rivendica la proprietà comune) o da un rappresentante *legale* straordinario concorrente assume la condizione di parte principale, attraverso il cosiddetto «intervento litigioso», in quanto ritiene che «la posizione che spetta a qualcuno nel processo non dovrebbe dipendere dal *momento in cui* inizia la *sua* partecipazione, ma *dal rapporto tra la sua situazione soggettiva e la situazione giuridica oggetto del giudizio*» (*Op. ult. cit.*, pp. 47-48, corsivo dell'autore).

(101) *Op. ult. cit.*, p. 48.

(102) *Op. ult. cit.*, pp. 49-50.

(103) All'epoca del c.p.c. del 1973, A. Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 440; J. A. Delgado, *Aspectos controversidos da substituição processual*, in *Revista de Processo*, 1987, pp. 7-16 [versione elettronica]; M. Aguiar Moura, *Substituição processual*, in *Revista de Processo*, 1987, pp. 240-253 [versione elettronica]; E. Prata, *Processo de conhecimento*, São Paulo, pp. 49-50, pp. 240-

opere monografiche pubblicate da allora (104), considerando le espressioni «legittimazione straordinaria» e «sostituzione processuale» come sinonimi, cui fecero seguito diversi altri studiosi (105).

Tuttavia, a distanza di oltre mezzo secolo, diversi autori continuano ad accettare la concezione di Barbosa Moreira (106), nel senso che la «sostituzione

253, 1989; J.F. Marques, *Manual de direito processual civil*, I, 1997, p. 343; M. Severo Neto, *Substituição processual*, São Paulo, 2002, p. 39; O. A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil,* I, VII ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 373; M. Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, XXIX ed., São Paulo, 2012, pp. 404-405. Sotto l'egida del c.p.c. del 2015, L. Guilherme Marinoni e D. Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, III ed., São Paulo, 2021, p. 397; L. Greco, *Instituições de processo civil*, I, V ed., Rio de Janeiro, 2015, p. 219; A. de Assis, *Processo civil brasileiro*, I, São Paulo, 2015, pp. 655 e 702; D. Amorim Assumpção Neves, *Novo Código de Processo Civil comentado*, II ed., Salvador, 2017, p. 63; H. Theodoro Jr, *Curso de direito processual civil*, I, LIX ed., Rio de Janeiro, 2018, p. 170; D. Mitidiero, *Processo civil*, São Paulo, 2021, p. 69.

(104) W. Mariz de Oliveira Jr, *Substituição processual*, cit., e M. Severo Neto, *Substituição processual*, cit.

(105) All'epoca del c.p.c. del 1973: A. Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 429; M. Aguiar Moura, *Substituição processual*, cit., pp. 240-253, A.C. de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, II ed., Rio de Janeiro, 2002, pp. 318-319; N. Finotti Silva, *Substituto processual: limites subjetivos da coisa julgada em relação ao substituído diante das garantias constitucionais do acesso à Justiça e do contraditório*, São Paulo, 2008, p. 148. Già sotto l'egida del c.p.c. del 2015: L. Greco, *Instituições de processo civil*, I, V ed., Rio de Janeiro, 2015, p. 219; A. de Assis, *Processo civil brasileiro*, I, São Paulo, 2015, pp. 655 e 702; N. Finotti Silva, *Substituição processual ou legitimação extraordinária negocial*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 2015, pp. 295-296; D. A. Assumpção Neves, *Novo Código de Processo Civil comentado*, II ed., Salvador, 2017, p. 63; H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, cit., p. 170; L. C. Batista Cintra, *Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário*, cit., p. 4; F. L. Yarshell, *Curso de direito processual civil*, I, II ed., São Paulo, 2020, p. 344; D. Mitidiero, *Civil Procedure*, São Paulo, 2021, p. 69; F. da Fonseca Gajardoni, L. Dellore, A. Vasconcelos Roque, Z. Duarte de Oliveira Jr., *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV ed., Rio de Janeiro, 2021, p. 54.

(106) All'epoca del c.p.c. del 1973, la classificazione di Barbosa Moreira era accettata: E. de Campos Jr, *Substituição processual*, cit., pp. 14-21; T. Alvim, *O direito processual de estar em juízo*, São Paulo, 1996, pp. 88-103; C.A.A. de Oliveira e D. Mitidiero, *Curso de processo civil*, cit., pp. 146-147; A. Alvim-A. de Assis e E. Arruda Alvim, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 2012, pp. 10-11; e A. Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, XXIV ed., São Paulo, 2013, pp. 149-150 (anche se sottolinea che sarebbe incostituzionale impedire al rappresentante legale ordinario di agire in giudizio in caso di legittimazione straordinaria esclusiva). Lo hanno accettato, almeno in parte: H. Tonarghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, II ed., São Paulo, 1976, p. 100; e C. Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, XI ed., Rio de Janeiro, 2002, pp. 78-79; V. Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, XXIII ed. Già sotto l'egida del c.p.c. del 2015, accettano la proposta: C. Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, VII ed., São Paulo, 2017, pp. 362-367; T. Alvim, *Comentário ao art. 343*, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, a cura di A. Alvim Arruda Albim, A. de Assis, E. Arruda Alvim, G. Salomão Leite, II ed., São Paulo, 2017, p. 490; H. Dalla Bernardina Pinho, *Manual de processo civil contemporâneo*, São Paulo, 2019, p. 204; F. L. Yarshell, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 344; C. Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*,

processuale» sarebbe una specie del genere «legittimazione straordinaria». L'unica avvertenza a questa costruzione dogmatica sta nell'idea, ormai diffusa, che una legittimazione straordinaria autonoma ed esclusiva (secondo Barbosa Moreira, *vera e propria* substituição processual) sarebbe incostituzionale perché proibisce l'accesso alla giustizia da parte del legittimato ordinario (107).

Inoltre, esistono altre proposte che utilizzano terminologie diverse, senza alterare la sostanza dell'istituto, come descritto da Chiovenda, e senza ripercussioni dottrinali, come la «equiparação ou equivalência processual» (108) o la «legitimação triádica» (109).

Nonostante le differenze terminologiche e di classificazione, tutti gli autori citati nelle note ai paragrafi precedenti differenziano la sostituzione processuale (o legittimazione straordinaria) dalla rappresentanza processuale secondo il criterio chiovendiano: rispettivamente «defesa de direito alheio em nome próprio» e «defesa de direito alheio em nome alheio», e il secondo fenomeno è catalogato nel contesto dei presupposti processuali, in particolare la capacità (o legittimazione *ad processum*).

Nell'ordinamento giuridico brasiliano sono elencati i seguenti casi di sostituzione processuale (in ordine cronologico delle leggi federali (110) che li contemplano): *i)* azione del capitano di una nave per il sequestro di merci per il pagamento del nolo a nome del proprietario (art. 527, c. comm. (111)); *ii)* azione per

---

XI ed., São Paulo, 2021, p. 446; F. Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, XXIII ed., Salvador, 2021, p. 461; A. Freitas Câmara, *Manual de direito processual civil*, Barueri, 2022, p. 142.

(107) In tal senso, T. Alvim, *O direito processual de estar em juízo*, cit., p. 91; L. Greco, *A teoria da ação no processo civil*, São Paulo, 2003, p. 41; A. de Assis, *Substituição processual,* in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,* 2003, pp. 46-51; e L. C. Batista Cintra, *Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário*, cit., p. 4.

(108) W. M. de Oliveira Jr., *Substituição processual*, cit., p. 89.

(109) M. Severo Neto, *Substituição processual*, cit., pp. 3 e 77.

(110) Non si può escludere che la legislazione statale o municipale crei altre ipotesi di sostituzione processuale, poiché si tratta di situazioni che legittimano il diritto materiale e, pertanto, non è una materia che rientra nella competenza esclusiva dell'Unione Federale di legiferare in materia di diritto processuale (art. 22, I, CF). A titolo di esempio, si veda l'art. 23, punto V, della Legge complementare 33/1994 dello Stato di Minas Gerais, che prevede l'organizzazione e il funzionamento della Corte dei conti di quello Stato e conferisce al MP il potere di «promuovere l'esecuzione delle sentenze della Corte, adottando le misure necessarie per l'adempimento». Tuttavia, l'STJ ha rifiutato di esaminare il ricorso speciale che metteva in discussione il riconoscimento della legittimità del MP/MG di eseguire una decisione del TCE/MG, in quanto la questione era costituzionale (Resp n. 839.575/MG, 1ª Camera, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 10.04.2007, *DJ* 26.04.2007, p. 225).

(111) Questo esempio è riportato da diversi autori, tra cui E. Ferreira da Silva, *Da legitimação extraordinária, inclusive na constituição de 1988*, in *Revista de Processo*, 1991, pp. 80-91; F. Barros Dias, *Substituição processual (algumas hipóteses da nova Constituição)*, in *Revista de Processo*, São Paulo, 1989, p. 17-28; e F. Didier Jr, *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil*, in *Revista de Processo*, 2014, pp. 69-76. Secondo questo articolo di legge, tuttora in

la riscossione di un'ammenda prevista da un contratto di condominio di edifici in caso di omissione del liquidatore (art. 21, comma unico, L. 4.591/1964); *iii)* azione sociale promossa dall'azionista (*ut singuli* (112)) per responsabilizzare i dirigenti e gli azionisti di controllo (artt. 159, §3 e 4, e 246, L. 6.404/1976, rispettivamente (113)); *iv)* azione promossa dall'agente fiduciario in difesa degli interessi degli obbligazionisti (art. 68, §3, L. 6.404/1976 (114) (115)); *v)* azio-

---

vigore, il capitano ha il potere di «richiedere un sequestro per il nolo, i danni e le spese sulle merci del carico […] e persino di richiederne la vendita immediata, se sono facilmente danneggiabili, o rischiose o costose da immagazzinare». Nella dottrina del diritto commerciale marittimo, la natura del rapporto tra il capitano della nave e l'armatore è controversa: alcuni parlano di mandato, locazione di servizi, preposizione o rappresentanza legale (J. da Silva Costa, *Direito commercial maritimo*, II ed., Paris, 1912, p. 259; e J.C. Sampaio de Lacerda, *Curso de direito comercial marítimo e aeronáutico* (*Direito privado da navegação*), VI ed., Rio de Janeiro, 1963, pp. 92-96; e C. Rubens Caminha Gomes, *Direito comercial marítimo*, Rio de Janeiro, 1978, pp. 859-860). W. Ferreira, *Tratado de direito comercial*, São Paulo, 1964, p. 483; e F. de Carvalho Morais Silva e F.C. de Morais Silva, *Agenciamento marítimo* - atribuições e reponsabilidades, Vitória, 2015, p. 67. L'argomentazione secondo cui il capitano è un rappresentante è rafforzata dall'art. 48 del Regolamento 737/1850, che equipara l'agente marittimo al capitano ai fini della ricezione della notifica in luogo del convenuto o del debitore principale.

(112) L'azione intentata dalla compagnia stessa è chiamata azione sociale *ut universi* (M. Vieira von Adamek, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatos*, São Paulo, 2009, p. 306).

(113) Nel primo caso (responsabilità dell'amministratore) è richiesta l'inerzia della società, nel secondo (responsabilità del controllore) no. Per questo motivo la dottrina si riferisce al primo caso come sostituzione processuale derivata e al secondo come autonomo (N. Eizirik, *A Lei das S/A comentada*, II ed., São Paulo, 2015, p. 188; e S. Campinho, *Comentários ao art. 159*, in *Lei das Sociedades Anônimas comentada*, a cura di F. Ulhoa Coelho, Rio de Janeiro, 2021, pp. 977-979). M. Vieira von Adamek distingue tra le ipotesi di responsabilità dell'amministratore previste dal §3 e dal §4 dell'art. 159, definendo la prima originaria e la seconda derivata (*Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlata*, cit., p. 307).

(114) M. Carvalhosa e F. Kuyven affermano che esiste una «rappresentanza organica» dei diritti degli obbligazionisti da parte dell'agente fiduciario, al fine di escludere il fenomeno della sostituzione processuale (*Tratado de direito comercial*, II ed., São Paulo, 2018, p. 440). P. Aragão nega l'esistenza della rappresentanza perché riconosce che l'agente fiduciario esercita l'azione in nome proprio (*Aspectos proceduais da legislação societária*, in *Processo societário,* III, a cura di F.L. Yarshell, G. Setoguti, J. Pereira São Paulo, 2018, p. 632).

(115) Questa ipotesi è stata catalogata da gran parte della dottrina come l'ultimo esempio rimasto di legittimazione straordinaria esclusiva, secondo la terminologia di Barbosa Moreira sopra esaminata. In un'emissione pubblica di obbligazioni, deve agire un agente fiduciario e, secondo una parte dominante della dottrina, solo questo agente è legittimato ad agire in difesa degli obbligazionisti, che non possono agire individualmente (A. de Assis, *Substituição processual*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, 2003, p. 19; e F. Ulhoa Coelho, *Comentários ao art. 68,* in *Lei das Sociedades Anônimas comentada*, a cura di F. Ulhoa Coelho, Rio de Janeiro, 2021, p. 340). La spiegazione per limitare la legittimazione ordinaria di ciascun obbligazionista sarebbe l'indivisibilità dell'obbligazione dell'intera operazione di emissione (M. Carvalhosa e F. Kuyven, *Tratado de direito comercial*, II ed., São Paulo, 2018, pp. 403-404), la necessità di evitare che l'azione di un obbligazionista danneggi gli altri (J.E. Tavares Borba, *Das debêntures*, Rio de Janeiro, 2005, p. 157) e l'assoggettamento dell'obbligazionista al principio di maggioranza nella rispettiva assemblea (J.R.

ne per impedire la costruzione in violazione dei vincoli legali o contrattuali da parte del promotore fondiario, anche se ha già venduto tutti i lotti (art. 45, L. 6.766/1979 (116)); *vi)* azione di consegna in pagamento da parte di chi ha interesse a estinguere il debito al posto del debitore (art. 304 c.c.); *vii)* azione di

---

Garcia do Amaral, *Regime jurídico das debêntures*, II ed., São Paulo, 2016, p. 221). Le disposizioni dell'art. 68, §3, 'd', della stessa legge, che consente all'assemblea degli obbligazionisti di rimuovere la legittimazione straordinaria dell'agente fiduciario, ma solo per agire "in caso di fallimento, amministrazione controllata, intervento o procedura di liquidazione stragiudiziale della società emittente", militano a favore della salvezza della disposizione dalla potenziale incostituzionalità per ostacolo all'accesso alla giustizia. Tuttavia, alcuni autori sostengono che esiste una legittimazione giuridica concorrente tra l'agente fiduciario e l'obbligazionista stesso, in particolare per far valere il credito (A. O. Mattos Filho, *Direito dos valores mobiliários*, São Paulo, 2015, pp. 161-162). La stessa posizione è sancita dal TJSP (ricorso civile n. 9126680-04.2005.8.26.0000, 10ª Camera di diritto privato, Tribunale civile centrale - 36ª Corte civile, Rel. João Carlos Saletti, j. 4 ottobre 2011, Data di registrazione: 2 dicembre 2011; Ricorso interlocutorio n. 2247580-13.2020.8.26.0000, 14ª Sezione di Diritto Privato, Tribunale Civile Centrale – 43ª Corte Civile, j. 12 gennaio 2021, Data di registrazione: 12 gennaio 2021; Ricorso interlocutorio n. 2207691-57.2017.8.26.0000, 1ª Sezione Riservata al Diritto Commerciale, Tribunale Centrale Civile - 2° Tribunale Fallimentare e di Recupero Giudiziario, Rel. Cesar Ciampolini, j. 8 agosto 2018, Data di registrazione: 9 agosto 2018; Ricorso interlocutorio n. 2282790-28.2020.8.26.0000; 12ª Camera di diritto privato, Tribunale civile centrale - 5° Tribunale civile, Rel. Castro Figliolia, j. 25 maggio 2021, Data di registrazione: 25 maggio 2021; Appello interlocutorio n. 2122298-91.2022.8.26.0000, 20ª Camera di diritto privato; Tribunale civile centrale - 4° Tribunale civile, Rel. Luis Carlos de Barros; j. 6 febbraio 2023; Data di registrazione: 9 febbraio 2023).

(116) Secondo A. Furtado Fabrício, se il lottizzatore è ancora proprietario di lotti, può intentare la causa come condomino e quindi come attore legale ordinario, tutelando i propri diritti. Se tutti i lotti sono stati venduti, si parlerebbe di "danno presunto" al lottizzante che ha creato la lottizzazione le cui regole edilizie sono state violate (*Comentários ao Código* de *Processo Civil,* VIII ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 502). Se tutti i lotti sono stati venduti, allora si parlerebbe di un'azione del suddivisore a difesa della paternità del progetto e della sua concezione originaria (J. Lisboa Sabino, *Lei de parcelamento do solo urbano comentada*, II ed., Curitiba, 2023, p. 222) o del «piano di urbanizzazione» da lui concepito (H. L. Meirelles, *Direito de construir*, 12 ed. aggiornata da G. da Silva Corralo e F. Scopel Vanin, São Paulo, 2023, p. 94). Se questo ragionamento dovesse prevalere, non ci sarebbe alcuna sostituzione processuale. C'è un'interessante sentenza del TJSP che afferma l'esistenza di un «interesse collettivo» nel caso, avvicinando il fenomeno all'area della tutela degli interessi transindividuali (ricorso civile n. 1003273-93.2019.8.26.0554, 27ª Camera di diritto privato, Tribunale di Cerqueira César - 2° Circuito, Rel. Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 28 aprile 2023, Data di registrazione: 28 aprile 2023). Allo stesso modo, il STJ riconosce che i «vincoli urbanistico-ambientali» di natura negoziale denotano «allo stesso tempo interesse pubblico e interesse privato, simbioticamente legati, incorporano una natura *propter rem* in termini di relazione con la proprietà e di effetti sui non contraenti, una vera e propria stipula a favore di terzi (in senso individuale e collettivo), senza che i successori-proprietari e lo stesso promotore immobiliare originario perdano il potere e la legittimità di farli rispettare. In esse si conserva la voce contrattuale saggia e prudente del passato, in un autentico consenso intergenerazionale che anticipa i valori urbanistico-ambientali del presente e trasmette le aspettative immaginarie delle generazioni future» (Resp n. 302.906/SP, 2° Panel, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26 agosto 2010, Data di registrazione: 1° dicembre 2010). Nel caso della difesa di un interesse pubblico, questa legittimazione si qualificherebbe come collettiva; nel caso di un diritto privato, sarebbe ordinaria.

invalidazione del matrimonio promossa da parti interessate, in particolare dai familiari dei coniugi *(*artt. 1.549 e 1.552, c.c.); *viii)* atto di mandato presentato dal «titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro» (art. 3, L. 12. 016/2009 (117)); *ix)* il venditore della cosa o del diritto in contestazione a causa del rifiuto dell'avversario di ammettere l'acquirente al procedimento (art. 109 c.p.c. (118)); *x)* assistenza del contumace o del convenuto che, in qualsiasi modo, abbia omesso di agire (art. 121, comma unico (119)),

(117) L'art. 3 della L. 1.533/1951 conteneva già una disposizione simile e, per questo motivo, la questione è stata oggetto di riflessione per decenni, riconoscendo unanimemente che il diritto del sostituto processuale deve derivare o dipendere dal diritto del sostituito (C. Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, II ed, Rio de Janeiro, 1966, p. 105; J. da Silva Pacheco, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, São Paulo, 1990, p. 172; L. Fux, *Mandado* de segurança, Rio de Janeiro, 2010, p. 22. Gli esempi più volte ricordati sono quelli degli *scritti* presentati per correggere errori nella graduatoria dei candidati a un concorso o nella lista di anzianità dei dipendenti pubblici (C. Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, II ed., São Paulo, 2010, p. 30). R. da Silva spiega la situazione con estrema chiarezza: «Supponiamo che il giudice 'A' sia stato promosso per anzianità a scapito del giudice più anziano, 'B'. 5. Il giudice 'A' è stato promosso per anzianità. 5) Quest'ultimo, anche dopo essere stato avvisato dal giudice "C", anch'egli più anziano di quello promosso ("A"), non presenta entro 30 giorni un atto di mandato contro l'atto illegale del tribunale. Ai sensi dell'art. 3 della L. 12.016/2009, il magistrato notificante ("C") può presentare un atto di mandato per conto del giudice più anziano ("B"), poiché la violazione del diritto di quest'ultimo ritarderà la propria promozione (quella di "C"). Va notato che il terzo avrà interesse alla sostituzione processuale solo se è anche più anziano del giudice illegittimamente promosso dal tribunale, altrimenti l'atto coercitivo non danneggerà la sua sfera giuridica, rendendo impossibile la sostituzione processuale. Si potrebbe sostenere che, in questo esempio, entrambi i giudici "B" e "C" sono titolari del diritto violato, motivo per cui si applicherebbe l'art. 1, comma 3, della L. 12.016/2009. Tuttavia, solo il magistrato direttamente interessato ha la legittimazione ordinaria a presentare un atto di mandato. La parte notificante può agire solo in virtù del potere conferitole dall'art. 3 della L. 12.016/2009. Per questo si parla di legittimazione straordinaria, perché anche se concepiamo la violazione di due diritti liquidi e certi (del titolare e del notificante), solo il titolare del diritto violato ha la legittimazione ordinaria a impugnare l'atto coercitivo» (*Legittimazione straordinaria (sostituzione processuale) nell'atto di mandato: interpretazione dell'art. 3 della L. 12.016/2009,* in *Revista de Processo*, São Paulo, 2009, p. 9 [versione elettronica]).

(118) È opinione diffusa (e non è necessario dimostrarlo) che il venditore della cosa o del diritto litigioso non succeduto dall'acquirente ne diventi il sostituto processuale. Al contrario, esistono opinioni isolate, come quella di C.A.A. de Oliveira, per il quale il venditore non avrebbe più interesse all'esito della causa, il che escluderebbe l'ipotesi della sostituzione processuale, fenomeno che, a suo avviso, dipenderebbe essenzialmente dall'esistenza dell'interesse del sostituto (*Alienazione della cosa litigiosa*, II ed. riv. atual. e ampl., Rio de Janeiro 1988, pp. 195-197). Nello stesso senso, D. F. Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2004, pp. 255-256.

(119) L'art. 52, comma unico, del CPC del 1973 prevedeva che l'assistente che interveniva per conto del convenuto fosse un "dirigente d'azienda", il che è stato criticato dalla dottrina per aver importato un istituto dal diritto civile (ad esempio A.C. da Costa Machado, *Código de Processo Civil interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, VI ed., Barueri, 2007, p. 61). V. Greco Filho ha sostenuto che si tratta di un caso di sostituzione processuale (*Direito processual civil brasileiro,* cit., p. 161). P. H. Torres Bianqui riteneva all'epoca che questo fenomeno si caratterizzasse quando un contendente comune contesta ed evita la contumacia dell'altro, evitando gli effetti della contumacia, ai sensi dell'art. 320, I, del c.p.c. del 1973, equivalente all'art. 345, I, c.p.c. del 2015 (*Sostituzione*

anche in appello (art. 996, comma unico, c.p.c. (120)). Esistono anche casi di sostituzione processuale basati sulla costruzione pretoria: *i)* il contendente vincitore può far valere in nome proprio le spese di soccombenza arbitrate a favore del suo avvocato (121); *ii)* la madre può far valere in nome proprio gli alimenti dovuti al figlio, sulla base di un accordo preso in sede di separazione legale (senza la partecipazione del figlio) (122); *iii)* il condominio di un edificio può intentare una causa

---

processuale e autorità di cosa giudicata nei procedimenti civili individuali, San Paolo, 2014, pp. 83-89). Nel c.p.c. del 2015, l'art. 121, comma unico, ha apportato tre modifiche significative: *i)* la previsione che l'assistente sia un sostituto processuale e non un dirigente d'azienda; *ii)* la previsione che la parte assistita possa essere sia l'attore che il convenuto; *iii) l'*assistente può agire come sostituto in caso di "qualsiasi forma di omissione" da parte della parte assistita, non solo in appello (come previsto dall'art. 966, comma unico, CPC). 966, comma unico, CPC), ma per qualsiasi altro atto, in particolare per presentare un ricorso (come proposto da P.H. Nogueira, *O regime jurídico da legitimidade extraordinária no processo civil brasileiro,* in *Revista de Processo*, 2022, pp. 73-95).

(120) La correlazione tra l'art. 121, comma unico, e l'art. 966, comma unico, entrambi del CPC è evidenziata da J.H. Mouta Araújo, *Extraordinary Legitimacy in the CPC/15: adjustments and powers of the parties and the procedural assistant*, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, 2017 p. 217) e deriva dal riconoscimento, da tempo consolidato, che l'assistenza e l'impugnazione da parte di un terzo danneggiato sono istituti molto vicini dal punto di vista della situazione legittimante. All'epoca del c.p.c. del 1973, F. Didier Jr. sintetizzò bene la questione: "non c'è differenza tra l'interesse richiesto per l'assistenza e quello richiesto per l'appello di terzi" (*Recurso de terceiro*, II ed., São Paulo, 2005, p. 54). Nello stesso senso, B. Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, XIV ed., Rio de Janeiro, 2008, pp. 295-296. Questa interpretazione continua a riverberarsi alla luce del c.p.c. del 2015, C. Uzeda, *Interesse recursal*, Salvador, 2018, p. 190, e C. Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, 2022, p. 74.

(121) Come ricordato da P.H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, São Paulo, 2014, p. 90. Infatti, l'art. 20, *caput*, del c.p.c. del 1973 stabilisce che "la sentenza condanna il soccombente a pagare al *vincitore le* spese anticipate e gli onorari dell'avvocato" (corsivo aggiunto). Sulla base di questa disposizione, la parte finale della voce n. 306 del precedente STJ prevedeva la possibilità per la parte vincitrice di eseguire, in nome proprio, gli onorari di soccombenza, nonostante l'art. 23 della L. 8.906/1994 preveda che tale somma appartenga all'avvocato ("Gli onorari dell'avvocato devono essere compensati in caso di soccombenza reciproca, garantendo il diritto autonomo dell'avvocato di eseguire il saldo *senza escludere la legittimazione della parte stessa*" - corsivo aggiunto). Tuttavia, si può intendere che questa voce sia stata superata, visto che l'art. 85, caput, del CP è stato sostituito dall'art. 85, caput, del CP. 85, *caput,* c.p.c. del 2015 prevede ora che "la sentenza ordina al perdente di pagare gli onorari *all'avvocato del vincitore*" (in tal senso, V.J. de Mello Monteiro, *O fim da legitimidade de parte para a execução dos honorários de sucumbência no CPC/2015,* in *Estudos em homenagem à Professora Thereza Alvim* - controvérsias do direito procedural civil: 5 anni di c.p.c. del 2015, a cura di A. I. Aurelli, A. Alvim, E. Arruda Alvim, Í. Martins da Cunha, L. F. do Vale de Almeida Guilherme, M. da Costa, T. Arruda Alvim, V. Bellato Ribeiro de Carvalho, São Paulo, 2020, pp. 135-144).

(122) Questo è quanto è stato deciso in una sentenza emblematica del STJ, di cui si trascrivono i seguenti stralci: "4. Se la legge, seppur eccezionalmente, consente ai genitori di litigare per gli alimenti dovuti ai figli, in un procedimento in cui i figli non sono nemmeno parte, si deve consentire loro di esercitare la loro pretesa per far rispettare quanto concordato, soddisfacendo, come corollario della permissività giuridica, la pretesa alimentare stabilita a beneficio dei discendenti. (5) Nel caso di specie, la suocera, autrice della causa di separazione contenziosa, ha agito come legittimata straordinaria rispetto al diritto del discendente agli alimenti per le spese di istruzione. In tale

per il risarcimento dei difetti di costruzione che hanno provocato danni alle parti comuni e alle unità autonome (123).

La dottrina brasiliana non è concorde nel ritenere che vi sia sostituzione processuale nei casi di co-legittimazione concorrente, in cui il soggetto può agire in nome proprio per difendere i propri diritti e, allo stesso tempo, quelli altrui (124),

---

contesto, il solo fatto di essere stata parte del rapporto giuridico controverso, che ha dato origine al diritto a suo tempo rivendicato, è una circostanza idonea ad autorizzare la sua partecipazione anche a questo processo esecutivo; qui, come là, agendo in nome proprio per difendere l'interesse altrui" (REsp n. 1.424.513/PE, 3° Collegio, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8 maggio 2014, Data di registrazione: 16 maggio 2014).

(123) Questa interpretazione, accettata dal STJ, derivava dall'interpretazione dell'espressione "interessi comuni" contenuta nell'art. 22, §1, 'a', della L. 4.591/1964 (REsp n. 10.417/SP, 3° Panel, Rel. Justice Eduardo Ribeiro, j. 17 dicembre 1991, Data di registrazione: 24.02.2014).12.1991, Data di registrazione: 24 febbraio 1992, p. 1868; REsp n. 32.239/SP, 3° Panel, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 19 aprile 1994, Data di registrazione: 16 maggio 1994, p. 11759 e REsp n. 178.817/MG, 3° Panel, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 3 febbraio 2000, Data di registrazione: 3 aprile 2000, p. 146).

(124) A. de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, II ed., Rio de Janeiro, 1959, p. 391 e J.C. Barbosa Moreira, *Litisconsórcio unitário*, Rio de Janeiro, 1972, pp. 160-162. Sotto l'egida del c.p.c. del 1973: D. Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo, 1979, pp. 119-120; E. de Campos Jr, *Substituição processual*, São Paulo, 1985, p. 22; F. Barros Dias, *Substituição processual (algumas hipóteses da nova Constituição)*, in *Revista de Processo*, 1989, pp. 17-28 [versione elettronica]; T. Alvim, *O direito processual de estar em juízo*, São Paulo, 1996, p. 33; P. M. Pizzol, *Legitimidade extraordinária e sua abrangência,* in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, 1999, p. 167; C. Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, XI ed., Rio de Janeiro, 2002, p. 78; M. Severo Neto, *Substituição processual*, São Paulo, 2002, p. 17; L. E. Ribeiro Mourão, *Coisa julgada*, Belo Horizonte, 2008, pp. 254-255 e 259; A. Pellegrini Grinover, *Revocation of preliminary injunction and third parties (particularly in the corporate sphere)*, in *The third party in Brazilian civil procedure and related matters*, a cura di F. Didier Jr, L. O. Siqueira de Cerqueira, P. Calmon Filho; S. de Figueiredo Teixeira, T. Arruda Alvim Wambier, São Paulo, 2010, p. 32 e P. H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, cit., p. 79. All'epoca del c.p.c. del 2015: N. Nery Jr. e R. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2015, p. 256; J. M. Rodrigues Vieira, *Substituição processual, litisconsórcio facultativo unitário e coisa julgada no sistema do CPC de 2015,* in *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr,* a cura di P.H. dos Santos Lucon, J. Cordeiro de Faria, E. Audomar M. Neto e E. C. Gomes Norato Rezende, Rio de Janeiro, 2018, pp. 395-401; e F. Didier Jr, *Curso de direito processual civil*, cit., pp. 458-459. C. Rangel Dinamarco chiama questa ipotesi "legittimazione per categorie" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2018, pp. 194-195), basandosi sulla lezione di Calamandrei (*Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo códice,* in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1970, p. 479). Negano l'esistenza di una sostituzione processuale *in questo caso* G. da Silva Alberton, *Assistência litisconsorcial*, São Paulo, 1994, pp. 69-70; O. A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, VII ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 80; E. Talamini, *Partes e terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/09)*, in *Processo coletivo e outros temas proceduais*, a cura di A. de Assis, C. A. Molinaro, L. M. Gomes Jr, Porto Alegre, 2012, p. 193; G. Setoguti, J. Pereira, *Impugnação de deliberações de assembleia das S/A*, São Paulo, 2013, p. 283; e A. de Assis, *Processo civil brasileiro*, São Paulo, 2015, p. 188.

in relazione a situazioni giuridicamente incalcolabili (125), quali, tra le altre, le seguenti: *i)* creditore per l'azione pauliana (art. 158 c.c.) e per l'azione revocatoria fallimentare (art. 132, L. 11.101/2005); *ii)* comproprietario per difendere il possesso della cosa comune (art. 1.199, CC); *iii)* comproprietario per difendere la cosa comune (art. 1.314 c.c.); *iv)* coerede per difendere l'eredità prima della divisione (art. 1.791 c.c.); e *v)* azionista per annullare l'assemblea o la delibera dell'assemblea (art. 286, L. 6.404/1976) (126).

Esiste anche un ampio gruppo di casi in cui interviene il Pubblico Ministero (127) in cui la dottrina brasiliana, in generale, non mette in dubbio che si tratti di casi di sostituzione processuale (128): *i)* azione penale privata a favore di persone

---

(125) Quando non esiste una norma che attribuisca la contitolarità individuale al partecipante a un rapporto giuridico inscindibile, l'impresa comune, oltre a essere unitaria, è necessaria (si veda, ad esempio, C. Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, VII ed., São Paulo, 2017, pp. 417-419). A titolo di esempio, si può pensare a: *i) un*'azione riguardante la validità, l'efficacia e l'interpretazione di un contratto con più parti, che devono necessariamente comparire tutte nel rapporto giuridico processuale; *ii)* obbligazioni indivisibili con più creditori e/o debitori. In questi casi, il problema di "agire in giudizio a favore di altri" non si pone. Restano fuori da questo studio anche le obbligazioni solidali, che non si capisce se nascano da rapporti giuridici incalcolabili, soprattutto vista la possibilità di opporre eccezioni personali (art. 281, CC), rafforzata dall'art. 1.005 del CPC, come dimostra E. P. Eid, *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo, 2016, pp. 91-92. Inoltre, come hanno dimostrato autori di vari Paesi (M. Pérez Escolar, *Responsabilidad solidaria: delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*. Madrid, 2004, *passim*.; B. Gambineri, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2012, *passim.* e G.H. Trajano de Azevedo, *Solidariedade: funções, eficácias e devido processo legal*, São Paulo, 2023, *passim*.), il regime processuale delle obbligazioni solidali è connotato da una serie di altre complesse questioni, la cui analisi richiederebbe un'incursione più approfondita, incompatibile con la premessa metodologica che non è possibile in questa sede analizzare in profondità ogni ipotesi di diritto sostanziale in cui si possa ravvisare l'*agere iudiciale iure pro alio*.

(126) Esiste una stretta relazione tra l'azione di responsabilità degli amministratori (art. 159, §3 e 4, L. 6.404/1976) e l'azione di annullamento di una delibera assembleare (art. 286, L. 6.404/1976), considerato che l'azione di annullamento di una delibera assembleare (art. 286, L. 6.404/1976) non è soggetta alle stesse regole di diritto.404/1976), considerando che quando il bilancio viene approvato in un determinato esercizio, esiste un'esenzione di responsabilità (art. 134, §3, L. 6.404/1976), per cui la domanda di risarcimento deve essere proposta in cumulo successivo con la domanda di annullamento della delibera di approvazione del bilancio. Questa interpretazione è sancita dal STJ (ad esempio REsp n. 1.515.710/RJ, 3° Collegio, Giudice relatore Marco Aurélio Bellizze, j. 12 maggio 2015, Data di registrazione: 02 giugno 2015 e Resp n. 1.224.159/SP, 4° Collegio, Giudice relatore Raul Araújo, j. 21 settembre 2021, Data di registrazione: 26 ottobre 2021).

(127) Per R.R. Godinho, i casi di sostituzione processuale potrebbero essere estratti direttamente dal testo costituzionale, senza la necessità di un'espressa e specifica previsione nella legislazione infracostituzionale (*O Ministério Público como substituto processual no processo civil*, Rio de Janeiro, 2007, p. 33).

(128) *Ad esempio*, A. Alvim, *Substituição processual*, *Doutrinas essenciais de processo civil*, III, São Paulo, 2011, p. 5 [versione elettronica]; J. A. Delgado, *Aspectos controversidas da substituição processual*, in *Revista de Processo*, 1987, pp. 7-16 [versione elettronica]; A. de Assis, *Substituição processual,* cit., pp. 55-56; R. R. Godinho, *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*, cit., pp. 26-43.

economicamente svantaggiate (art. 32, §1° e 2°, c.p.p. (129)); *ii)* esecuzione civile della sentenza penale di condanna a favore di persone economicamente svantaggiate (art. 68, c.p.p.); *iii)* azione di accertamento della paternità (art. 2, §4, L. 8.560/1992 (130)); *iv)* azione di nullità del matrimonio (art. 1.549 c.c. (131)); *v)* azione di esclusione di un erede o legatario indegno a causa di omicidio intenzionale consumato o tentato (art. 1.815, §2, c.c.); *vi)* azioni per il mantenimento, la sospensione e la rimozione della potestà familiare, la nomina e la rimozione di tutori, curatori e custodi, l'indagine sulla paternità, le ordinanze restrittive, le ingiunzioni e l'*habeas corpus*, in qualsiasi corte, istanza o tribunale, in difesa degli interessi individuali indisponibili che riguardano i bambini e gli adolescenti (artt. 101, §10, 102, §4, 201, III e IX, L. 8.069/1990 (132)); *vii)* azioni di protezione, mantenimento, interdizione totale o parziale, nomina di un curatore e per qualsiasi difesa di anziani a rischio (artt. 45 e 74, II e III, L. 10.741/2003 (133)); *viii)* apertura di un inventario a favore di eredi incapaci (art. 616, VII, c.p.c.); e *ix)* procedimenti di interdizione (art. 747, IV, c.p.c.). L'elenco qui presentato può essere considerato esemplificativo, vista la diffusa consapevolezza che la legittimazione del Pubblico ministero è prevista dalla Costituzione federale (134). Tuttavia, è generalmente riconosciuto che questa azione della Procura è sempre sussidiaria, presupponendo l'inerzia del titolare del diritto (o, nel caso di persone incapaci, di chi le rappresenta) (135).

---

(129) Si può ritenere che questa disposizione non sia stata accettata dalla Costituzione federale, che, da un lato, prevede espressamente le funzioni della Procura della Repubblica (artt. 127 e 129), che non includono la difesa in giudizio delle persone economicamente svantaggiate, soprattutto per quanto riguarda i diritti individuali disponibili, e, dall'altro, ha creato l'Ufficio del difensore pubblico (art. 134) proprio per fornire assistenza legale. Tuttavia, una sentenza dell'STF preserva la competenza della Procura della Repubblica a promuovere azioni penali private a favore delle persone economicamente svantaggiate, anche negli Stati in cui è già presente l'ufficio del difensore pubblico (RHC n. 88.143, 2ª Commissione, Rel. Joaquim Barbosa, j. 24 aprile 2007, DJe-032 divulgato il 6 giugno 2007, pubblico. 8 giugno 2007, p. 49, Ement. 02279-02/00378, *RT*, v. 96, n. 864, pp. 496-500, 2007).

(130) H. Nigro Mazzili, *O acesso à justiça e o Ministério Público*, V ed., São Paulo, 2007, p. 99.

(131) C'è chi ritiene che in questo caso non ci sarebbe una sostituzione di coniugi o familiari, ma piuttosto la difesa di "interessi non personalizzati, di natura collettiva, in nome dell'ordinamento giuridico stesso, cercando di preservare la supremazia dell'interesse collettivo che è stato leso o minacciato di esserlo" (M. Zenkner, *Ministério Público e efetividade do processo civil*, São Paulo, 2006, pp. 109-110).

(132) In questo senso, W. Donizeti Liberati, *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*, São Paulo, 2015, p. 255.

(133) R.R. Godinho, *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*, cit., p. 192.

(134) H. Nigro Mazzili, *O acesso à justiça e o Ministério Público*, cit., p. 176; R. R. Godinho, *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*, cit., p. 187; S. Silva, G. Guimarães Ritzmann, A. Almeida Ferreira da Silva e J. de Mattos Braga, *A necessidade da substituição processual, os direitos sociais e o Ministério Público*, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, XIV, 2, Vitória, 2013, pp. 321-338. P. Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no processo civil e penal: Promotor natural atribuição e conflito*, III ed., Rio de Janeiro, 1990, p. 28 e A. de Assis, *Substituição processual*, cit., p. 56.

(135) J.F. da Silva Lopes, *O Ministério Público e o processo civil*, cit., pp. 26 e 47; A. de Assis, *Substituição processual*, cit., p. 59; e M. Zenkner, *Ministério Público e efetividade do processo civil*, cit., pp. 109-110. A criticare questa visione è R.R. Godinho, *O Ministério Público como substituto processual*, cit., p. 192.

Come si vede, nella maggior parte dei casi la sostituzione processuale è attiva, piuttosto che passiva, e si riassume praticamente nei seguenti casi (136): *i)* assistenza al convenuto contumace (art. 121, comma unico, c.p.c.); *ii)* alienazione della cosa controversa da parte del convenuto (art. 109, c.p.c.) e *iii)* domanda riconvenzionale nei confronti del sostituto (art. 343, §5, c.p.c.) (137).

---

(136) Nel processo collettivo si possono riconoscere altri esempi, come *i)* l'azione possessoria contro le occupazioni plurifamiliari (art. 554, §1, CPC); e *ii)* l'azione collettiva passiva in generale (sebbene la sua ammissione nell'ordinamento giuridico brasiliano non sia pacifica (lo ammettono F. Didier Jr. e H. Zaneti Jr, *Curso de direito processual civil*, VI, XV ed., Salvador, 2021, pp. 628-642, e R. Rudiniki Neto, *Processo coletivo passivo*, São Paulo, 2018, *passim*). Un altro ambito (ristretto) sarebbe la legittimazione passiva per un'azione di rescissione contro una decisione emessa in una causa promossa dal sostituto processuale. La questione è trattata da M.A. Mendes de Faria Mello, secondo il quale le parti del procedimento in cui è stata emessa la decisione rescissoria devono essere parti dell'azione di rescissione, anche se deve essere ammesso l'intervento delle parti sostituite (*Ação rescisória - Legitimidade: Substituição processual trabalhista - intervenção dos substituídos*, in *Revista LTr: legislação do trabalho e previdência social*, São Paulo, 1987, pp. 517-520). La stessa interpretazione è stata accettata dal STJ: AgInt no REsp n. 1.657.041/CE, 1° Panel, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27 maggio 2019, Data di registrazione: 30 maggio 2019.

(137) La disposizione chiarisce che il sostituto processuale, quando agisce come attore, è legittimato passivamente a rispondere alla domanda riconvenzionale, ma anche come sostituto processuale, ossia consente sia la sostituzione attiva (in relazione alla domanda iniziale) sia la sostituzione passiva (in relazione alla domanda riconvenzionale). A prima vista, la disposizione appare radicalmente diversa dall'art. 315, §1, c.p.c. del 1973, che, con una formulazione confusa, stabiliva che "[n]essun convenuto può, in nome proprio, proporre domanda riconvenzionale contro l'attore, quando questi agisce in nome altrui". In realtà, però, le disposizioni sanciscono la stessa linea guida. Se qualcuno fa causa a nome di un altro, tecnicamente non è l'attore, ma il suo rappresentante, e quindi non può essere citato in giudizio a proprio nome (come osserva accuratamente B. Moreira in *O novo processo civil brasileiro*, XXIII ed., Rio de Janeiro, 2005, p. 44). Pertanto, all'epoca in cui era in vigore il c.p.c. del 1973, si era concordi nel ritenere che la disposizione, in realtà, alludesse alla sostituzione processuale e consentisse al sostituto processuale, una volta legittimato ad agire nell'azione principale, di essere legittimato ad agire anche nell'azione riconvenzionale (oltre a B. Moreira, *op. loc. ult. cit.*; cfr. J.R. Cruz e Tucci, *Da reconvenção: perfil histórico-dogmático*, São Paulo, 1984, p. 64; L. Guilhero, A. Tucci, *Da reconvenção: perfil histórico-dogmático*, São Paulo, 1984, p. 64); L. Guilherme Aidar Bondioli, *Reconvenção no processo civil*, São Paulo, 2009, p. 104). Gli stessi autori hanno proposto l'ipotesi inversa, ossia che quando la domanda è stata presentata contro il sostituto processuale, quest'ultimo possa fare domanda riconvenzionale per far valere il diritto del sostituto nei confronti dell'attore (idem, ibidem; idem, ibidem; idem ibidem). Queste opinioni continuano a essere onorate dalla dottrina che ha esaminato la questione alla luce del c.p.c. del 2015 (L.G. Aidar Bondioli, *Commento all'art. 343*, in *Comentários ao Código de Processo Civil,* I, a cura di C. Scarpinella Bueno, São Paulo, 2017, pp. 106-107; F. L. Yarshell, G. Setoguti, J. Pereira e V. Siqueira Rodrigues, *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, III ed., São Paulo, 2021, pp. 204-205, e F. Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, cit., p. 825). La disposizione di legge invita alla seguente riflessione: l'attribuzione della legittimazione attiva straordinaria comporta automaticamente la legittimazione passiva straordinaria, sia per la domanda principale che per la domanda riconvenzionale? O, al contrario, si deve ritenere che sia possibile proporre una domanda nei confronti del sostituto solo nei casi in cui la legge gli abbia espressamente riconosciuto una legittimazione passiva straordinaria? La prima soluzione sembra più appropriata, poiché non esistono casi in cui la legittimazione straordinaria è concessa originariamente.

Allo stesso modo, la maggior parte dei casi di sostituzione è originaria (al momento della presentazione della causa), mentre la sostituzione sopravvenuta è eccezionale, come nei seguenti casi: *i)* assistenza al contumace (art. 121, comma unico, c.p.c.); e *ii)* vendita della cosa in contestazione (art. 109, c.p.c.).

Degni di nota sono anche i casi di enti collettivi che agiscono a favore dei diritti individuali (138) dei loro membri, come ad esempio: *i)* la legittimazione dell'Ordine degli Avvocati a difendere gli interessi individuali degli avvocati (art. 54, II, L. 8.906/1994); e *ii) la* legittimazione dell'Ufficio centrale per la raccolta e la distribuzione in relazione ai diritti d'autore dei suoi membri (art. 99, §2, L. 9.610/1998).

Sono molto discusse in dottrina le ipotesi di azione in giudizio delle associazioni a favore dei loro membri (art. 5, XXI, CF) e dei sindacati a favore dei membri della loro categoria (art. 8, III, CF), sia a livello individuale che (soprattutto) a livello collettivo.

Il curatore speciale *ad litem*, nominato ai sensi degli artt. 72, 245, §4, 671 e 752, §2, tutti del c.p.c., si trova in una posizione particolare. Ci sono studiosi che la classificano come sostituzione processuale (139).

Tuttavia, l'opinione prevalente sembra essere che, nel caso del punto I dell'art. 72 (nomina a favore dell'incapace che non ha un rappresentante o nei casi in cui i suoi interessi siano in conflitto con quelli del rappresentante), non ci sarebbe motivo di negare che si tratti di un caso di rappresentanza, poiché il curatore agisce per conto e in difesa dei diritti altrui (140). La stessa situazione si verifica

(138) Come sottolineato all'inizio, ciò non include i casi di tutela collettiva, in quanto vi è un'accesa controversia sulla natura della legittimazione attiva.

(139) J.F. da Silva Lopes, *O Ministério Público e o processo civil*, São Paulo, 1976, p. 24; M. Severo Neto, *Substituição processual*, São Paulo, 2002, p. 134; e L. Greco, *Instituições de processo civil*, II, 5ª ed., Rio de Janeiro, 2015, p. 343. J. Camargo de Azevedo sostiene che "quando agisce in qualità di curatore speciale, l'ufficio del difensore pubblico agisce in tribunale in nome proprio, il che non è un caso di rappresentanza" (*Vulnerabilità: criteri di adeguatezza processuale*. Belo Horizonte, 2021, p. 197). A. C. da Costa Machado sostiene che se c'è un conflitto di interessi tra il rappresentante e l'incapace rappresentato, il curatore speciale non è né un sostituto né un rappresentante (poiché la rappresentanza è ancora attribuita al padre, alla madre, al tutore o al curatore); tuttavia, nel caso di un curatore speciale per l'incapace senza rappresentante, allora ci sarebbe una sostituzione (*A intervenção do Ministério Público* no *processo civil brasileiro*, São Paulo, 1989, p. 256). Propone una soluzione completamente diversa, intendendolo come un dirigente d'azienda, A. Alvim; Araken de Assis e E. Arruda Alvim, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 2012, p. 118; e H.T. Jr., *Curso de direito processual civil*, I, LIX ed., Rio de Janeiro, 2018, p. 282.

(140) W. Marques, *O papel do curador especial no processo civil*, in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 1998, p. 60; R. Procópio Bandeiras de Melo, *Partes no processo civil: conceito, posição jurídica e comportamento*, São Paulo, 2008, p. 76; R. Resende Beneduzi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, III ed., São Paulo, 2021, p. 44; B. Vasconcelos Carrilho Lopes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, São Paulo, 2017, p. 25.

nei casi dell'art. 245, §4 (*incapaz sem representante* (141)), e dell'art. 671 del c.p.c. (*herdeiro incapaz em conflito de interesses com o representante*).

Nel caso del punto II dell'art. 72 (*nomeação ao réu preso revel, ou ao revel citado por edital ou hora certa*) e nel caso dell'art. 752, §2 (*nomeação ao interditando que não tem advogado próprio*), il curatore speciale assume un ruolo che è, se non uguale, almeno del tutto equivalente a quello di un avvocato, poiché l'imputato contumace, in questi casi, non è privo della capacità di stare in giudizio (142), mentre l'interdetto, di norma, non lo è ancora.

Inoltre, il curatore è di solito un difensore d'ufficio (art. 72, comma unico, c.p.c. e art. 4, XVI, Legge complementare n. 80/1994 (143)) o, in mancanza, un difensore d'ufficio (144), quindi c'è un'altra ragione per cui l'istituto è più vicino alla rappresentanza tecnica (145) (o legale).

Al di là della curatela speciale, anche il ruolo dell'ufficio del difensore pubblico nel sistema giuridico brasiliano solleva delle questioni. A prima vista, il difensore pubblico sarebbe un avvocato pagato dallo Stato per fornire una rappresentanza tecnica (o legale) alle persone economicamente svantaggiate (una situazione che non può essere confusa con la rappresentanza processuale). Tuttavia, alcuni autori sostengono che la fattispecie sia vicina a quella della dell'intervento del Pubblico ministero, dal momento che entrambe le istituzioni promuovono azioni a proprio

(141) L'art. 245, paragrafi da 2 a 4, del c.p.c. garantisce un accertamento, seppur sommario, dell'incapacità del soggetto che, una volta riscontrata, servirà a nominare un curatore solo per il processo che, per nessun altro motivo, viene definito speciale, fatto salvo un eventuale successivo decreto di interdizione, nel qual caso si nominerebbe un curatore in via ordinaria.

(142) Anche H. Tonarghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, II ed., São Paulo, 1976, p. 113, e T. Alvim, che parla di incapacità creata dal legislatore (*O direito processual de estar em juízo*, São Paulo, 1996, p. 21), erano contrari all'epoca del c.p.c. del 1973.

(143) Questa disposizione legale si applica all'Ufficio del Difensore Pubblico Federale, ma diversi Stati hanno riprodotto la stessa disposizione nelle leggi organiche delle rispettive istituzioni (ad esempio, l'art. 5, VIII, della Legge complementare 988/2006 dello Stato di São Paulo).

(144) Si veda, ad esempio, F. Didier Jr., *Curso de direito processual civil,* cit., p. 444.

(145) In questo senso, L.G. Marinoni, S. Cruz Arenhart e D. Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, 2015, p. 155; R. Fagundes Dotti, *Comentários ao art. 72*, in *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, a cura di T. Arruda, A. Wambier, F. Didier Jr., E. Talamini e B. Dantas, III ed., San Paolo, 2016, p. 286; C. A. de Salles, *Comentários ao art. 72*, in *Comentários ao Código de Processo Civil,* I, a cura di C. Scarpinella Bueno, San Paolo, 2017, p. 403; e P. H. dos Santos Lucon, *Comentários ao art. 72*, in *Código de Processo Civil interpretado*, a cura di A. C. Marcato, San Paolo, 2022, p. 96. Ammettendo la possibilità che il giudice, eccezionalmente, nomini come curatore una persona che non è un avvocato e che l'avvocato, a sua volta, lo nomini, R. Peixoto, *Comentários ao art. 72*, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, a cura di L. L. Streck, D. Nunes, L. Carneiro da Cunha e A. Freire, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 136-137. D. Amorim Assumpção Neves afferma che la scelta del curatore speciale di essere un avvocato è una misura di mera "convenienza" (*Novo Código de Processo Civil comentado*, II ed., Salvador, 2017, p. 117).

nome e hanno una legittimazione autonoma a condurre il processo (146), con una situazione riconducibile nell'ambito della sostituzione processuale.

Dopo aver analizzato i numerosi casi di sostituzione processuale nei singoli procedimenti, essi possono essere suddivisi in alcune categorie (147): *i)* il sostituto è il pubblico ministero o il difensore d'ufficio; *ii)* il sostituto è un soggetto parte di un ente (in particolare sindacati e associazioni (148)); *iii)* il sostituto è titolare di un rapporto giuridico individuale che, di riflesso, è interessato dal diritto che si intende tutelare (149); e *iv)* il sostituto è co-titolare del rapporto giuridico inscindibile dotato di co-legittimazione individuale (anche se non mancano opinioni diverse al riguardo). Mutuando la classificazione proposta dalla citata dottrina portoghese sopra ricordata, le prime due sono "altruistiche", mentre le ultime due sono «egoistiche».

---

(146) R. Barros dos Reis, *The Public Defender's Office in the new Code of Civil Procedure,* in *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, 2015, p. 550-579; C. Vieira Heerdt, *The extraordinary legitimacy of the Public Defender's Office in health actions*, in *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 2012, pp. 47-55, e F. Roger Alves Silva e Diogo do Couto Esteves, *A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil*, disponibile all'indirizzo: https://www.academia.edu/28642884/A_NOVA_DISCIPLINA_DA_LEGITIMA%C3%87%C3%83O_EXTRAORDIN%C3%81RIA_DA_DEFENSORIA_P%C3%9ABLICA_NO_NOVO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL, consultato il: 20 agosto 2023. A fronte di ciò, Rosa Maria de Andrade Nery sostiene che il Pubblico Ministero e il Difensore d'ufficio possono avere ruoli in parte sovrapponibili, ma la prima istituzione è un sostituto processuale e la seconda è un rappresentante tecnico (che agisce come un avvocato), sulla base della manifestazione di volontà del rappresentato (*Alimentos*, II ed., São Paulo, 2020, pp. 523-524).

(147) D. Armelin propone una classificazione simile, ma con quattro parti: *i)* "casi di legittimità straordinaria concessi a causa della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, soprattutto per quanto riguarda i diritti indisponibili" (*v.es,* l'azione di annullamento di un matrimonio promossa dalla Procura della Repubblica); *ii) i* "casi di legittimazione straordinaria concessi a seguito di una comunione di diritti o di una connessione di interessi in cui coesistono legittimazioni ordinarie straordinarie" (azione di rivendicazione di beni comuni promossa da un comproprietario o azione di annullamento di una delibera assembleare promossa da un azionista); *iii)* "i casi in cui, per effetto di un collegamento, dovuto al diritto in questione, sia il legittimato ordinario che quello straordinario ottengono tale legittimazione" (come nel caso della vendita della cosa oggetto della controversia); *iv)* "i casi in cui la legittimazione straordinaria è concessa a un terzo, in conseguenza di una situazione giuridica occupata dal terzo, che direttamente o indirettamente impone a quest'ultimo il dovere di tutelare e preservare i diritti altrui" (come nel caso del comandante della nave, ai sensi dell'art. 527, CCom). 527, CCom) (*Legittimazione ad agire nel diritto processuale civile brasiliano*, São Paulo, 1979, pp. 122-130).

(148) L'STJ ha negato alle cooperative la possibilità di sostituire proceduralmente i propri soci: REsp n. 901.782/RS, 4° Panel, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14 giugno 2011, Data di registrazione: 1 luglio 2011.

(149) In particolare, nei casi in cui il sostituto debba superare l'omissione del sostituito, che provoca un danno indiretto al sostituito (come nel caso di un'azione di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali o in un atto di mandato depositato in base all'art. 3 della L. 12.016/2009) o perché il sostituto si trova in una situazione di dipendenza pregiudizievole rispetto al rapporto giuridico del sostituito (casi del semplice assistente del convenuto inadempiente o della parte omessa e dell'alienazione della cosa in contestazione).

Al di là della delimitazione delle ipotesi in cui si controverte sull'esistenza o meno della sostituzione processuale, è opinione pacifica che il sostituto non possa compiere atti di disposizione del diritto materiale in contestazione (150) (in particolare: transazione, rinuncia e riconoscimento della validità della pretesa), anche se può compiere atti di disposizione di diritti processuali (151) e concludere affari processuali (152), ad eccezione dell'impegno arbitrale (153).

Spetta al sostituto anticipare le spese processuali e, in caso di soccombenza, pagare le spese (154) della parte soccombente, anche se è discusso se il sostituto possa o meno essere rimborsato per tali spese (155).

---

(150) Sotto l'egida del c.p.c. del 1973: A. Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, I, São Paulo, 1975, pp. 429-430; E. de Campos Jr, *Substituição processual*, São Paulo, 1985, pp. 31-32; M. Severo Neto, *Substituição processual*, São Paulo, 2002, p. 126; A. de Assis, *Substituição processual,* in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, 2003, p. 59; O. A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil,* I, VII ed, Rio de Janeiro, 2006, p. 79; P.H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, São Paulo, 2014, p. 67. Alla luce del c.p.c. del 2015: N. Nery Jr. e R. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 255; L. Greco, *Instituições de processo civil*, I, 5ª ed, Rio de Janeiro, 2015, p. 220; D. Amorim Assumpção Neves, *Novo Código de Processo Civil comentado*, II ed., Salvador, 2017, p. 217; H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, I, LIX ed., Rio de Janeiro, p. 281; F. Didier Jr, *Curso de direito processual civil,* I, XXIII ed., Salvador, 2021, p. 463; L. G. Marinoni e D. Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, III ed. rev. e atual., São Paulo, 2021, p. 398.

(151) A. Carlos de Araújo Cintra, *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro*. *Doutrinas essenciais de processo civil*, III, São Paulo, 2011, pp. 455-476 [1972 testo ripubblicato in versione elettronica]; M. Severo Neto, *Substituição processual*, São Paulo, 2002, p. 130; P.H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, São Paulo, 2014, pp. 62-65. C'è disaccordo sul fatto che il sostituto possa confessare. P. H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, cit., p. 66, ammette che non si tratta di un atto di disposizione. Non lo ammette E. de Campos Jr, *Substituição processual*, São Paulo, 1985, pp. 31-32; A. Alvim, *Tratado de direito processual civil*, I, São Paulo, 1990, p. 518; M. Severo Neto, *Substituição processual*, São Paulo, 2002, p. 26; A. de Assis, *Substituição processual,* cit., p. 59.

(152) M. Severo Neto, *op. ult. cit.,* p. 129.

(153) A. C. de Araújo Cintra, *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro, Doutrinas essenciais de processo civil,* cit., p. 3 [versione elettronica]; E. de Campos Jr., *Substituição processual*, São Paulo, cit., p. 28; e M. Severo Neto, *Substituição processual*, cit., p. 137.

(154) W. Mariz de Oliveira Jr, *Substituição processual*, São Paulo, cit., 1971, p. 165; E. de Campos Jr, *Substituição processual*, São Paulo, cit., 1985, p. 74; A. de Assis, Substituição processual, *cit.,* p. 61; P. H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, cit., p. 60.

(155) Accettando questa possibilità: W. Mariz de Oliveira Jr, *Substituição processual*, cit., p. 166, e P.H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, cit., p. 71. A negarlo, A. C. de Araújo Cintra, *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro, Doutrinas essenciais de processo civil*, cit., pp. 4-5 [versione elettronica]. A. de Assis, *Substituição processual,* cit., p. 63. M. Vieira von Adamek, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas*, São Paulo, 2009, p. 503 e J.R. Cruz e Tucci, *Questões polêmicas acerca da substituição processual do acionista*, in *Processo societário,* IV, a cura di F. L. Yarshell e G. Setoguti, J. Pereira, São Paulo, 2021, p. 1213).

L'opinione prevalente è che l'autorità di cosa giudicata possa danneggiare la parte sostituita (156), anche se diversi autori subordinano questo effetto all'effettiva integrazione della parte sostituita nel contraddittorio promosso da o contro il sostituto (157), riconoscendo che la mera possibilità di intervento spontaneo

(156) All'epoca del c.p.c. del 1939: P. Batista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, Rio de Janeiro, 1942, p. 312; W. Mariz de Oliveira Jr., *Substituição processual*, São Paulo, 1971, p. 169; e A.C. de Araújo Cintra, *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro, Doutrinas essenciais de processo civil*, cit., p. 6 [testo del 1972 ripubblicato in versione elettronica]. Sotto l'egida del c.p.c. del 1973, A. Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, I, São Paulo, 1975, pp. 428-441; W. Moreira Pimentel, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, II ed., São Paulo, 1976, p. 580; E. Fidélis dos Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, 1, Rio de Janeiro, 1980, p. 325; E. de Campos Jr, *Substituição processual*, São Paulo, 1985, pp. 77-79; J.A. Delgado, *Aspectos controversidas da substituição processual,* in *Revista de Processo*, 1987, p. 4 [versione elettronica]; M. Aguiar Moura, *Substituição processual*, in *Revista de Processo*, São Paulo, 1987, pp. 240-253; J. F. Marques, *Manual de direito processual civil*, I, Campinas, 1997, p. 343; A. C. de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, II ed., Rio de Janeiro, 2002, pp. 318-319; M. Severo Neto, *Substituição processual*, cit., p. 194; A. de Assis, *Substituição processual,* cit., 2003, p. 62, D. F. Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2004, p. 134; C. Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, VI ed., São Paulo, 2009, p. 319; A. Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, XXIV ed., São Paulo, 2013, p. 536; C. Scarpinella Bueno, *Curso de direito processual civil*, II, 1, VII ed., São Paulo, 2014, p. 384. E.H. de Oliveira Yoshikawa, *Processo (in)civil e (in)segurança jurídica*, São Paulo, 2014, p. 145. Infine, al momento del c.p.c. del 2015: A. de Assis, *Processo civil brasileiro*, III, São Paulo, 2015, p. 1400; N. Nery Jr. e R. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 258; D. Amorim Assumpção Neves, *Manual de direito processual civil*, IX ed., Salvador, 2017, p. 893; H. Theodoro Jr, *Curso de direito processual civil*, I, LIX ed., Rio de Janeiro, 2018, p. 1184; F. Didier Jr, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 463; A. Freitas Câmara, *Manual de direito processual civil*, Barueri, 2022, p. 495; C. Scarpinella Bueno, *Manual de direito processual civil*, 7ª ed, São Paulo, 2021, p. 516; L. G. Marinoni e D. Mitidiero ritengono che, di norma, l'autorità di cosa giudicata pregiudichi la parte sostituita, tranne nel caso di vendita della cosa controversa nel corso del procedimento, se il procedimento è soggetto a registrazione o annotazione e l'attore non vi ha provveduto, cosicché il terzo acquirente (sostituito dal venditore) si caratterizza come terzo in buona fede (*Comentários ao Código de Processo Civil*, I, III ed., São Paulo, 2021, p. 398).

(157) Sotto l'egida del c.p.c. del 1973: N. Finotti Silva, *Substituto processual: limites subjetivos da coisa julgada em relação ao substituído perante das garantias constitucionais do acesso à Justiça e do contraditório*, cit., pp. 101-190; L. Greco, *Instituições de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro, 2009, pp. 388-38; P.H. Torres Bianqui, *Instituições de Processo Civil e coisa julgada*, cit., pp. 190-197; L. Greco, *Instituições de processo civil*, cit., pp. 388-389; P.H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, cit., pp. 11 e 121-122. All'epoca del c.p.c. del 2015: C. Rangel Dinamarco, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, São Paulo, 2018, p. 189; L.C. Batista Cintra, *Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário*., cit., p. 4; C. Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1, XI ed., São Paulo, 2021, pp. 447-448. In una posizione intermedia, E. Talamini sostiene che il vincolo di res judicata della parte sostituita dipende da due fattori: *i)* che la parte sostituita abbia avuto la possibilità di esercitare l'azione in precedenza e non l'abbia fatto; e *ii)* la possibilità di essere a conoscenza del processo in cui è avvenuta la sostituzione, potendovi aderire se lo desidera (*Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, 2005, p. 114). J.R. Cruz e Tucci aderisce alla proposta di Talamini e osserva che il necessario vincolo della sostituzione processuale alla *res judicata* è un "dogma" che "deve essere urgentemente sottoposto al vaglio delle

sarebbe insufficiente (cosa che, sotto il c.p.c. del 1973, era già accettata (158) e, sotto l'egida del c.p.c. del 2015, è diventata espressa) (159).

All'epoca del c.p.c. del 1973 (160), era praticamente unanime l'opinione che la sostituzione processuale volontaria fosse vietata, alla luce dell'espressione «legge» utilizzata nell'articolo 6 di tale statuto (161). Ora, sotto gli auspici del c.p.c. del 2015, l'espressione «legge» è stata sostituita da «ordinamento giuridico» (art. 18), ed è stata inserita nel sistema la cosiddetta «*cláusula geral de negócios jurídicos processuais*» (art. 190), e la maggior parte della dottrina accetta ora questa possibilità (162).

---

garanzie del giusto processo di legge" (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, II ed. rev. e atual., São Paulo, 2020, pp. 169-172).

(158) Prima dell'avvento del c.p.c. del 2015, diversi autori ammettevano che la parte sostituita potesse aderire spontaneamente al processo (ad esempio B. Moreira, *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, 1969, pp. 41-55 e M. Severo Neto, *Substituição processual*, cit., pp. 52-53).

(159) Questa possibilità è ora prevista testualmente dall'art. 18, comma unico, c.p.c. brasiliano del 2015, che qualifica l'intervento come assistenza alle controversie.

(160) Sotto il CPC del 1939, la sostituzione processuale volontaria era maggiormente accettata: A. de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, I, II ed., Rio de Janeiro, 1959, p. 108; A. Alvim, *Curso de direito processual civil*, I, São Paulo, 1971, p. 502; e W. Mariz de Oliveira Jr, *Substituição processual*, São Paulo, 1971, p. 65.

(161) A. Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, I, São Paulo, cit., 1975, p. 426 e *Id.*, *Impossibilidade de substituição processual voluntária face à Código de Processo Civil. Revista de Processo*, São Paulo, 1977, pp. 215-225; P. de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil,* I, II ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 251; J.A. Delgado, *Aspectos controversidos da substituição processual*, in *Revista de Processo*, 1987, p. 4 [versione elettronica]; M. Aguiar Moura, *Substituição processual*, in *Revista de Processo*, 1987, pp. 240-253; C. do Couto e Silva, *Cessão de crédito - Cisão do direito subjetivo - Reserva da pretensão e do direito de ação ao cedente inadmissible por inviável no direito brasileiro - Ilegitimidade deste para propitura de execução - Violação do art. 6.º do CPC - Falta de condição da ação - Hipótese de ausência ou falta da pretensão a executar, que pode e deve ser declarado de ex officio pelo juiz antes da penhora ou da proposação de embargos*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1988, pp. 10-14; E. Prata, *Processo de conhecimento*, São Paulo, 1989, p. 153; P. M. Pizzol, *Legitimidade extraordinária e sua abrangência*, *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, 1999, p. 198; A. de Assis, *Substituição processual*, cit., p. 58; N. Finotti Silva, *Substituto processual: limites subjetivos da coisa julgada em relação ao substituido perante das garantias constitucionais do acesso à Justiça e do contraditório,* cit., p. 154; C.A. Alvaro Oliveira, *Estudos*, n. 25, 1999, p. 198; C.A. Alvaro, O. de Oliveira, cit., p. 154; C.A. Alvaro de Oliveira e D. Mitidiero, *Curso de processo civil*, cit., p. 146; A. Alvim, A. de Assis e E. Arruda Alvim, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 2012, p. 11; P. H. Torres Bianqui, *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*, cit., p. 34. Rare opinioni dissenzienti sono state emesse prima dell'avvento del c.p.c. del 2015 da M. Severo Neto, *Substituição processual*, cit., p. 128 ss. e da R. Resende Beneduzi, *Legitimidade extraordinária convencional,* in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, 2014, pp. 127-142.

(162) M. França Santos, *Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil,* in *Revista de Processo,* São Paulo, 2015, pp. 95-109; D. Santos Bonfim, *A legitimidade extraordinária de origem negocial,* in *Negócios Processuais*, a cura di A. do Passo Cabral

La sostituzione processuale volontaria è vista come qualcosa di prossimo a un trasferimento parziale del diritto (163), il cui oggetto è il potere di condurre il processo in nome proprio (come descritto dalla dottrina tedesca) o, per usare una terminologia più familiare alla dottrina brasiliana, la legittimazione *ad causam* (164),

---

e P. Henrique Nogueira, Salvador, 2015, p. 349; N. Finotti Silva, *Substituição processual ou legitimação extraordinária negocial*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 2015, p. 297; L. Rodrigues Wambier e E. Talamini, *Curso avançado de processo civil*, I, 16ª ed., São Paulo, 2016, p. 222; D. da Silva Vieira, *Pontos de encontro e desencontro entre legitimação extraordinária negocial e a assistência*, in *Rivista elettronica di diritto processuale – REDP*, 2020, pp. 71-74; P.H. Nogueira, *Primeiras reflexões sobre a legitimidade processual no Código de Processo Civil brasileiro,* in *Revista de Processo*, São Paulo, 2020, p. 5 [versione elettronica] e *Id.*, *Acordos sobre a legitimidade das partes no direito brasileiro*, in *Revista de Processo*, 2021, pp. 59-83; L. G. Marinoni e D. Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 397; F. Didier Jr., *Curso de direito processual civil,* cit., p. 460; D. Mitidiero, *Processo civil*, São Paulo, 2021, p. 69; A. Freitas Câmara*, Manual de direito processual civil,* Barueri, 2022, p. 142; A. do Passo Cabral, *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, 4 ed.; F. Didier Jr. e M. Mazzola, *Legitimação extraordinária de origem negocial no âmbito da propriedade industrial,* in *Revista de Processo*, São Paulo, 2023, pp. 259-275; N. Nery Jr. e R. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 254; H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, cit., p. 279; G. Rizzo Amaral, *Alterações do novo do CPC - o que mudou?: comentários por artigos e precedentes jurisprudenciais*, 3. ed, São Paulo, 2018, p. 127; e C. Rangel Dinamarco, che ritiene che la magistratura non possa accettare la sostituzione processuale negoziata, soprattutto per i rischi che comporta per l'avversario (*Comentários ao Código de Processo Civil*, I São Paulo, 2018, pp. 191-192). C. Scarpinella Bueno ha espresso posizioni contrastanti in due opere: ammettendo la sostituzione volontaria (*Curso sistematizado de direito processual civil*, I, XI ed., São Paulo, 2021, p. 446) e negandola (*Manual de direito processual civil*, VII ed., São Paulo, 2021, p. 147).

(163) Tanto che la sostituzione procedurale volontaria è possibile solo per i diritti trasferibili, come evidenziato da R. Resende Beneduzi, *Legitimidade extraordinária convencional,* in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, 2014, pp. 133-134. Questo è uno dei motivi per non ammettere l'applicazione della legittimazione negoziale straordinaria nel contesto della tutela collettiva, dove non esiste la trasferibilità del diritto. Rifiutano questa possibilità anche P.H. Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, IV ed., Salvador, 2020, p. 302 e F. Didier Jr. e H. Zaneti Jr., *Curso de direito processual civil*, VI, XV ed., Salvador, 2021, p. 230. A fronte di ciò, D. da Silva Vieira sostiene che sarebbe possibile concedere la legittimazione negoziale ad alcuni gruppi o associazioni non personalizzati che non soddisfano tutti i requisiti legali per essere attori nelle azioni collettive, anche se in joint venture con gli aventi diritto, soprattutto quando ci sono diverse parti sottorappresentate nel caso (*Legittimità nelle azioni collettive: l'accordo giuridico processuale come fonte normativa per l'attore di classe*. Londrina, 2023, pp. 151-152 e 164-180).

(164) N. Finotti Silva afferma che "nella sostituzione processuale negoziata, il trasferimento è solo di legittimazione attiva/passiva *ad causam*" (*Substituição processual ou legitimação extraordinária negocial*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 2015, p. 303). F. Didier Jr. sottolinea oggettivamente che "se il titolare del diritto può trasferire il diritto stesso al terzo ('può fare di più'), può solo trasferire la legittimazione *ad causam*, che è una situazione giuridica che gli appartiene ('può fare di meno')" (*Fonte normativa della legittimazione straordinaria nel nuovo Codice di procedura civile,* in *Revista de Processo*, São Paulo, 2014, p. 2 [versione elettronica]). Questa era già la concezione di R. R. Beneduzi all'epoca del c.p.c. del 1973 (*Legitimidade extraordinária convencional*, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, 2014, pp. 133-134).

sia attiva che passiva (165), esclusiva o concorrente (166). L'idea fondamentale è che la legittimazione può essere trasmessa senza il diritto materiale in sé, poiché «costituisce una situazione giuridica di cui il soggetto è titolare» ed è «un requisito soggettivo per l'efficacia dell'atto giuridico processuale da compiere» (167). Non si tratta solo di un'altra forma di sostituzione processuale, ma di una nuova fonte normativa per le altre forme di sostituzione processuale.

Queste brevi considerazioni sono sufficienti a fornire una panoramica della sostituzione processuale volontaria nell'attuale diritto brasiliano.

Considerando questa rassegna del diritto brasiliano, possiamo infine spiegare le ragioni della scelta terminologica dell'espressione «sostituzione processuale» come sinonimo di «legittimazione straordinaria».

Gli artt. 18, comma unico, 121, comma unico, 343, §5, e 996, §2, del c.p.c. utilizzano l'espressione «sostituzione processuale» e «sostituto processuale» in modo ampio, per non limitarla al solo caso, dubbio e potenzialmente incostituzionale (art. 68, §3, L. 6.404/1976), in cui il legittimato straordinario agisce da solo senza che il legittimato ordinario o i legittimati ordinari possano agire per proprio conto. Inoltre, il significato restrittivo dell'espressione «sostituzione» è troppo legata all'uso comune della locuzione e trascura l'origine dell'istituto nel diritto italiano. Anche Barbosa Moreira, che ha proposto che la «sostituzione processuale» sia una specie del genere «legittimazione straordinaria», riconosce che «tradição abona o uso amplo da expressão [substituição processual]» (168). Ciò giustifica la scelta terminologica fatta in questo lavoro.

Il presente testo intende delineare un panorama dogmatico attuale riguardo all'istituto della sostituzione processuale, alla luce di alcuni ordinamenti stranieri (Germania, Italia, Spagna, Francia, Portogallo, Argentina, Cile, Colombia e Uruguay) e di quello brasiliano.

This article aims to outline the current doctrinal framework concerning the institution of procedural substitution, in light of certain foreign legal systems (Germany, Italy, Spain, France, Portugal, Argentina, Chile, Colombia and Uruguay) and of the Brazilian legal system.

(165) Nel primo caso, l'istituto è assimilabile alla cessione di credito e, nel secondo, all'assunzione di debito, secondo P.H. Nogueira, *Acordos sobre a legitimidade das partes no direito brasileiro,* in *Revista de Processo*, São Paulo, 2021, pp. 5-6 [versione elettronica]. Pertanto, non vi sarebbe alcun dubbio sulla necessità dell'acquiescenza dell'attore alla sostituzione processuale passiva volontaria, a meno che il sostituto non rimanga investito della propria legittimazione ordinaria, ossia del fatto che essa concorra con quella del sostituito (F. Didier Jr., *Fonte normativa della legittimazione straordinaria nel nuovo Codice di procedura civile,* in *Revista de Processo*, São Paulo, 2014, pp. 2-3 [versione elettronica]).
(166) P.H. Nogueira, *Gli accordi sulla legittimazione delle parti nel diritto brasiliano,* in *Revista de Processo*, São Paulo, 2021, p. 4 [versione elettronica].
(167) P.H. Nogueira, *Accordi sulla legittimazione delle parti nel diritto brasiliano,* in *Revista de Processo*, São Paulo, 2021, p. 2 [versione elettronica].
(168) *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária,* in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, 1969, p. 45.

Afrânio Vilela
(*Ministro* del *Superior Tribunal de Justiça, STJ*)

Celerità e coerenza: la razionalizzazione procedurale nel codice di procedura civile del 2015*

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Velocità e dovere di coerenza: alcuni degli strumenti previsti dal c.p.c. del 2015: 2.1 Il dovere di uniformare la giurisprudenza dei tribunali (artt. 926-928 c.p.c.); 2.2 Distribuzione per prevenzione davanti ai tribunali (art. 930 c.p.c.); 2.3 La tecnica del giudizio congiunto di cause non collegate (art. 55, §3, c.p.c.); 2.4 La giurisdizione dei tribunali nelle cause che coinvolgono entità federali (art. 45, §1 e 2). - **3.** Considerazioni finali.

1. Introduzione

Approvato il 16 marzo 2015, l'attuale Codice di procedura civile si è configurato nei termini di un nuovo ordinamento processuale, compatibile con le necessità e le richieste della società odierna. Nel testo inviato contenente la Relazione e del Progetto di Riforma del Codice di procedura Civile ("c.p.c."), il presidente della Commissione di Giuristi incaricata di redigerlo, il ministro Luiz Fux, ha affermato che la sfida e l'obiettivo della riforma sono di «ripristinare la fiducia nella magistratura e rendere reali i principi costituzionali di una giustizia rapida e veloce» (1).

Il c.p.c. si occupa delle regole fondamentali del sistema processuale civile brasiliano, conservando la significativa influenza della tradizione giuridica italiana che ha ispirato la stesura del precedente codice processuale e, nel suo primo articolo, stabilisce la natura inviolabile del rispetto della Costituzione della Repubblica. Questo perché l'erogazione del servizio giustizia, in quanto servizio pubblico, deve rispondere ai fini indicati dall'art. 37 della Costituzione, alla luce dei ca-

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) *Progetto di riforma del Codice di procedura civile*. Disponibile all'indirizzo: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Accesso: luglio 2025.

ratteri di un'attuazione, che deve essere legale, impersonale, morale, pubblica ed efficiente. Le direttive costituzionali garantiscono un'attività giudiziaria rapida, efficace e improntata al principio di certezza del diritto, al quale deve orientarsi la giurisdizione, elementi essenziali ai fini della protezione della pace sociale.

In questo senso, già il giurista italiano Giuseppe Chiovenda sosteneva che «per quanto è praticamente possibile, il processo deve fornire a chi ha un diritto tutto ciò che è necessario affinché il diritto sia sostanziato e assicurato» (2). Questo concetto anticipa ciò che oggi si intende per effettività del processo, nel senso che il processo non deve essere concepito come un fine in sé, ma come uno strumento finalizzato alla realizzazione del diritto materiale.

In un contesto nel quale il numero di cause è in aumento, l'efficienza e la rapidità sono obiettivi pressanti e sfidanti, così come la coerenza delle decisioni, in quanto è la certezza del diritto il fine al quale si deve tendere. La certezza del diritto è indispensabile per l'erogazione della giustizia, poiché tale principio si forma proprio attraverso la stabilità delle decisioni rispetto ai fatti giuridici passati, la chiarezza nell'applicazione del diritto vigente e la prevedibilità delle decisioni per i rapporti giuridici futuri (3). Secondo Canotilho (2000), la certezza del diritto in senso lato, che comprende l'idea di proteggere il valore della fiducia, si connota in modo tale che «l'individuo ha il diritto di poter confidare che gli atti o le decisioni pubbliche che incidono sui suoi diritti, sulle sue posizioni o sui suoi rapporti giuridici, basati su norme pubbliche vigenti e valide, produrranno gli effetti previsti e prescritti da tali norme» (4).

L'incremento della giudiziarizzazione mette a dura prova il sistema e il ritmo di lavoro dei magistrati del Paese, causando ritardi e la celebrazione reiterata di processi intorno a casi analoghi, con quindi identiche rivendicazioni e cause d'azione, favorendo così l'adozione di soluzioni divergenti aventi ad oggetto la medesima controversia legale e fattuale. Ciò è particolarmente presente in un sistema composto da più di quindicimila unità giudiziarie (5), come avviene nell'ambito dell'organizzazione giudiziaria del Brasile.

La preoccupazione della società per l'infinità di interpretazioni diverse e tra esse incompatibili assunte nei tribunali riguardo alla stessa norma giuridica, situazione che finisce per frammentare il sistema, generando disagio sociale, è stata richiamata nella Relazione del Progetto di Riforma del Codice di procedura civile (6), por-

(2) G. Chiovenda, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1993, pp. 101 e ss. (Opera originale pubblicata nel 1930).
(3) V.A. da Silva, *Direito Constitucional brasileiro*, São Paulo, 2021, p. 240.
(4) J.J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2000, p. 256.
(5) Giustizia in numeri. Disponibile all'indirizzo: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf. Accesso: luglio 2025.
(6) *Progetto di riforma del Codice di procedura civile*. Disponibile all'indirizzo: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Accesso: luglio 2025.

tando all'introduzione di incentivi tecnici per uniformare la giurisprudenza, alla luce di ciò che hanno deciso le corti superiori e comprese anche quelle di secondo grado, tutto al fine di stabilizzare gli orientamenti giurisdizionali in ordine all'applicazione delle norme.

Una delle principali linee di lavoro della Commissione dei giuristi è stata proprio quella di risolvere tali problemi mantenendo gli istituti che hanno mostrato risultati positivi e includendone altri che mirano a dare al Codice un alto grado di efficienza (7).

Il presente studio tratta alcuni di questi istituti intesi come strumenti funzionali a raggiungere l'efficienza e la celerità processuale attraverso l'uniformazione della giurisprudenza da parte dei tribunali, in conformità con le disposizioni degli articoli da 926 a 928 del TBC, e della disciplina della distribuzione degli appelli per prevenzione come strumento funzionale proprio a quell'uniformazione di cui sopra. Strumenti importanti sono quelli che permettono la possibilità di riunire cause non collegate per evitare che vengano emesse decisioni contrastanti o contraddittorie in prima istanza, come previsto dall'art. 55, comma 3, del TBC, e il mantenimento della causa presso il tribunale davanti al quale è stato proposto il ricorso, anche nelle situazioni in cui il Governo federale, le sue aziende pubbliche, gli enti e le fondazioni autarchiche, o i consigli di ispezione delle attività professionali intervengano come parti o terzi intervenienti, come previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 45 del TBC.

2. Velocità e dovere di coerenza: alcuni degli strumenti previsti dal c.p.c. del 2015

L'art. 4 del Codice di procedura civile stabilisce una garanzia processuale costituzionale secondo la quale «le parti hanno diritto di ottenere una soluzione completa nel merito entro un termine ragionevole, che comprenda un procedimento satisfattivo». Questa norma evoca il diritto fondamentale aggiunto all'art. 5, LXXVIII, della Costituzione federale dall'emendamento costituzionale 45/2004, secondo il quale «a tutti, in ambito giudiziario e amministrativo, sono garantiti una durata ragionevole del processo e i mezzi per assicurarne una rapida trattazione».

Si tratta di una articolazione del principio del diritto di azione, definito come garanzia del diritto a ottenere un'adeguata tutela giurisdizionale(8). Il principio della durata ragionevole dei procedimenti giudiziari e amministrativi presuppone la rapidità della loro trattazione. Se il tribunale non risponde rapidamente per

(7) *Op. ult. cit.*, p. 22.

(8) N. Nery Junior-R. de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*. Disponibile all'indirizzo: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/codigo-de-processo-civil-comentado/1506549897. Accesso: luglio 2025.

risolvere la controversia, la tutela giurisdizionale non risulterà efficace. Pertanto, è un dovere primario e fondamentale assicurare a tutti coloro che necessitano di tutela dei diritti da parte dei tribunali una durata ragionevole del processo e un effettivo sforzo per garantire la velocità del rispettivo processo (9).

Il TBC ha incorporato i principi costituzionali nel proprio testo con l'obiettivo di assicurare l'effettiva attuazione del diritto sostanziale, il che significa che anche l'ordine costituzionale stesso deve essere realizzato. Secondo la migliore dottrina, un principio è una particolare tipologia di norma. È una regola che stabilisce un fine da raggiungere. I principi stabiliscono il dovere di adottare comportamenti che sono necessari per raggiungere uno stato di cose o, al contrario, stabiliscono il dovere di rendere effettivo uno stato di cose adottando comportamenti necessari a tale scopo (10).

I principi di ragionevole durata e rapidità dei procedimenti sono sanciti non solo negli articoli introduttivi del Codice, ma in tutti i suoi libri e in differenti istituti. Si pensi, ad esempio, al dovere di uniformare la giurisprudenza dei tribunali e agli strumenti volti a risolvere le domande ripetitive. Nel trattare essi, la relazione del progetto di riforma del Codice di procedura civile chiarisce che i principi che devono fare da guida sono l'efficienza, l'efficacia, la ragionevole durata del processo e la semplificazione. Il documento sottolinea che la rapidità è stata presa in considerazione in vista della possibilità dell'assunzione di decisioni congiunte e della riduzione dell'eccessivo carico di lavoro della magistratura, «dal momento che il tempo impiegato per decidere queste cause può essere utilizzato in modo più efficace per tutte le altre, in modo tale che i cosiddetti 'tempi morti' (= periodi in cui non accade nulla nella causa) vadano ovviamente a diminuire».

Strumenti come questi, volti a uniformare la giurisprudenza, mirano a fornire al tribunale prestazioni giudiziarie più soddisfacenti, rapide e coerenti. Allo stesso tempo, contribuiscono a razionalizzare il lavoro dei tribunali, consentendo loro di svolgere in modo più efficace la propria attività interpretativa e di ridurre il numero di ricorsi e il tempo necessario per risolvere le controversie. Questa logica è in linea con la concezione del processo come strumento di realizzazione del diritto sostanziale, nell'ottica secondo la quale la giurisdizione non deve essere in funzione e al servizio di sterili formalità, ma dell'effettiva realizzazione della giustizia, secondo la classica lezione dottrinale italiana, da tempo incorporata nell'ordinamento brasiliano.

---

(9) H. Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.*, I, XLVII ed., Rio de Janeiro, 2015, p. 115.
(10) F. Didier Jr, in *Teoria dei principi*, a cura di H. Ávila, V ed., San Paolo, 2006, pp. 78-79.

2.1 Il dovere di omogeneizzazione della giurisprudenza dei tribunali (artt. 926-928 c.p.c.)

Il Codice di procedura civile del 2015 istituisce nel Libro III della Parte speciale, che tratta dei procedimenti giudiziari e dei mezzi di impugnazione delle decisioni giudiziarie, un importante sistema di precedenti obbligatori o vincolanti. Il primo articolo di tale Libro, l'art. 926, stabilisce che è dovere dei tribunali uniformare e mantenere una giurisprudenza stabile, coerente e coesa, fissando una norma cogente che mira a creare un ambiente decisionale più prevedibile e improntato al principio di eguaglianza. L'articolo successivo elenca le decisioni che devono essere osservate, tra cui: le sentenze sui conflitti circa la competenza o quelle sulla risoluzione di domande ripetitive e sui procedimenti aventi ad oggetto ricorsi straordinari e speciali ripetitivi (art. 927, III).

Non potrebbe essere diversamente. Lo studio del *diritto* comparato mostra che sia i Paesi che adottano il sistema di *common law* sia quelli che aderiscono al modello di *civil law* hanno assunto una posizione di rottura rispetto ai modelli giuridici classici al fine di conseguire un equilibrio. Mentre la nostra tendenza è quella di irrigidire i precedenti, gli americani e gli inglesi si stanno muovendo per attenuare l'efficacia vincolante di queste decisioni (11).

Esistono differenze nel trattamento delle decisioni vincolanti nei sistemi di *civil law* e di *common law* di fronte a un caso specifico, oltre alle differenze riscontrabili nel contesto del diritto positivo e in quello del diritto consuetudinario. In quest'ultimo, il rigore procedurale può indurre il giudice a seguire l'orientamento giurisprudenziale precedente, anche se la sua interpretazione lo indurrebbe a raggiungere una soluzione giuridica diversa (*stare decisis*). Nel primo caso, l'ampiezza interpretativa della norma porta talvolta il giudice a emettere una decisione contraria all'orientamento stabilito nel precedente, generando instabilità, violazione del principio di eguaglianza e insicurezza giuridica. È questo il problema che il legislatore ha inteso superare con le norme di cui agli articoli da 926 a 928 del c.p.c. del 2015.

Il consolidamento di una stabilità giurisprudenziale richiede che sia i giudici sia i tribunali rispettino l'interpretazione maggioritaria prodotta dalla corte superiore o dai giudici di corte d'appello, così come il tribunale stesso in relazione alla sua giurisprudenza. È a questo proposito che si stabilisce il dovere di autoreferenzialità stabilito dall'art. 926.

Lo scopo della norma è quello di prevenire i fenomeni di "lotteria giurisdizionale", ovvero quelle situazioni in cui casi sostanzialmente uguali sono oggetto di decisioni differenti.

---

(11) T.A.A. Wambier-B. Dantas, *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no Direito brasileiro: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei n. 13.256/2016,* III ed., São Paulo, 2016, p. 319.

Un sistema di precedenti obbligatori o vincolanti è giustificato sulla base dei principi di certezza del diritto e di uguaglianza. La certezza del diritto è intrinsecamente legata al mantenimento dell'aspettativa nella interpretazione della norma da parte del giudice. L'obiettivo è garantire il rispetto del significato della norma così come interpretata attraverso le pratiche ermeneutiche consolidate dei tribunali.

L'integrità e la coerenza guidano anche la formazione e il mantenimento della giurisprudenza. In altre parole, per definire e applicare una certa soluzione, si deve tener conto delle ragioni passate che hanno determinato l'interpretazione e delle particolarità che hanno portato ad una determinata comprensione del significato della norma, attuando così il dovere di uguaglianza nel trattamento operato dalla giurisprudenza nella situazione specifica.

Ciò significa che l'applicazione di questa fonte del diritto non può operare in modo generico e astratto, ma deve essere attenta *alla ratio decidendi* e all'*obiter dictum* della decisione precedente, al fine di individuare i motivi decisionali e le ragioni secondarie e quindi di definire l'applicabilità di una soluzione decisionale precedente o di una soluzione interpretativa differente rispetto al caso di specie, tenendo conto delle particolarità del caso stesso. L'uso della tecnica della *distinzione* è appropriato in questi casi sulla base di una motivazione che la giustifica

Questa concezione è presente nella classica lezione metaforica di Ronald Dworkin, secondo cui l'attività giurisdizionale in queste situazioni opera come un romanzo a catena, ovvero come un'impresa collettiva. Ogni giudice, come un romanziere, è responsabile di scrivere un capitolo di un'opera già iniziata. In questa logica, deve preoccuparsi di collegare il proprio capitolo a quello che è già stato scritto e, allo stesso tempo, garantire un'apertura al prossimo scrittore per continuare l'impresa in modo coerente. Pertanto, il magistrato non può trascurare il caso in attesa di giudizio; deve trattare ogni caso che gli si presenta come un *hard case* – cioè un caso difficile – e impegnarsi a risolverlo alla luce dell'integrità del diritto (12).

Il sistema di precedenti qualificati istituito dal Codice di procedura civile conduce la magistratura a divenire un luogo di equilibrio nelle interpretazioni delle norme e consente inoltre ai tribunali di rispondere in modo rapido ed efficace alle esigenze numeriche derivanti dalla giurisdizionalizzazione e dall'esercizio del diritto di azione. Non va dimenticato che, oltre a uniformare la comprensione, il sistema dei precedenti obbligatori scoraggia l'eccessiva litigiosità e incoraggia l'autocomposizione.

2.2 Distribuzione per prevenzione davanti ai tribunali (art. 930 c.p.c.)

Uno dei meccanismi per realizzare gli obiettivi dell'uniformazione e della standardizzazione della giurisprudenza è costituito dall'istituto della distribuzione dei

(12) F.Q. Pedron, *A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do Direito,* in *Revista CEJ*, 2009, pp. 127-137.

ricorsi per prevenzione. Infatti, il rinvio allo stesso relatore dei ricorsi derivanti dalla stessa causa o da un'azione correlata favorisce il raggiungimento di giudizi simili e coerenti in questi ricorsi, evitando decisioni contrastanti e, di conseguenza, la formazione di una giurisprudenza diseguale e contraddittoria.

Ai sensi dell'art. 286 del c.p.c., le cause di qualsiasi natura saranno distribuite in base alla dipendenza: quando sono collegate, per connessione o continenza, ad un'altra causa già depositata; quando, dopo l'estinzione della causa senza risoluzione del merito, la domanda viene reiterata, anche se in litisconsorzio con altri attori o se i convenuti della domanda sono parzialmente modificati; e quando le azioni siano depositate ai sensi dell'art. 55, comma 3, presso il tribunale competente.

Nei tribunali, come regola generale, la prevenzione deriva dalla distribuzione dei ricorsi presentati contro le decisioni pronunciate nello stesso procedimento o in procedimenti connessi (comma unico dell'art. 930 c.p.c.), ma sono le norme interne dei tribunali a stabilire i criteri specifici di prevenzione.

Infatti, il Regolamento interno del Tribunale superiore di giustizia dispone quanto segue (13):

Art. 71: La distribuzione dell'azione, del ricorso o dell'incidente rende la competenza del relatore preminente per tutte le azioni successive relative allo stesso procedimento o a procedimenti connessi, comprese quelle nella fase di compimento della decisione; l'assegnazione dell'inchiesta e dell'indagine, così come quella effettuate ai fini della concessione della libertà provvisoria o dell'ordine di detenzione preventiva o di qualsiasi attività precedente alla denuncia, prevale su quella dell'azione penale.

Il Regolamento interno del Tribunale federale, a sua volta, stabilisce (14):

Art. 69: La distribuzione dell'azione o del ricorso genera prevenzione per tutti i procedimenti ad essi collegati per connessione o continenza.

Comma 1. La cognizione eccezionale di una causa da parte di un giudice diverso da quello pretermesso estende la sua giurisdizione ai sensi del paragrafo 6 dell'art. 67. Paragrafo 2. La prevenzione sarà applicata a tutti i procedimenti collegati per connessione o continenza.

Comma 2. La prevenzione non opera, se il relatore, senza aver esaminato l'ingiunzione preliminare o il merito della causa, non esamina la domanda, declina la competenza o accoglie una richiesta di desistenza con una decisione definitiva.

Nel 2011, la Corte di giustizia dello Stato di Minas Gerais stava già studiando come razionalizzare le domande ripetitive e, in occasione della VII riunione del

(13) *Regolamento interno della Corte Superiore di Giustizia.* Disponibile all'indirizzo: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/490/3929. Accesso: dicembre 2024.
(14) *Regolamento interno del Tribunale federale.* Disponibile all'indirizzo: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Accesso: luglio 2025.

Collegio dei vicepresidenti delle Corti di giustizia brasiliane, tenutasi nel novembre 2011, ha suggerito di stabilire regole di procedura per il giudizio delle domande ripetitive da parte di un unico giudice estratto a sorte in primo grado. E, per i tribunali, studiava l'istituzione di regole per la prevenzione dell'organo frazionario per il giudizio di tutti i ricorsi che trattano una questione ripetitiva, un orientamento approvato e incluso nella Carta di Aracajú (15).

Nel 2012, il regolamento interno del Tribunale di Minas Gerais prevedeva già all'art. 79 la competenza preventiva dell'organo giudicante in relazione ai fatti originari connessi e a tutti i ricorsi, in via principale, cautelare o accessoria, incidentali, derivanti o connessi, derivanti dallo stesso atto, fatto, contratto o rapporto giuridico, e in relazione all'esecuzione di sentenze derivanti da *habeas corpus,* mandato di sicurezza o da altra causa, di cui l'organo giudicante sia venuto a conoscenza per primo (16).

Questo perché già all'epoca si poteva notare l'aumento delle domande giudiziali al sistema giudiziario brasiliano e si prevedeva la necessità di stabilire meccanismi in grado di soddisfarle tutte in modo tempestivo, così da garantire un trattamento eguale, completo ed effettivo da parte dei tribunali.

La questione della distribuzione dei processi in tale tribunale è stata affrontata a livello di gestione procedurale, con l'obiettivo di ridurre il numero di ricorsi e di rendere più efficace la procedura processuale.

Ora, la norma di cui all'art. 930 stabilisce la regola generale della distribuzione dei ricorsi per prevenzione, istituendo un meccanismo efficace per l'amministrazione del processo. Il rispetto della norma accelera il trattamento dei ricorsi fino alla loro effettiva risoluzione e favorisce la certezza del diritto.

---

(15) «Il Collegio Permanente dei Vicepresidenti delle Corti di Giustizia del Brasile, in una sessione plenaria tenutasi il 10 e l'11 novembre 2011, presso l'Hotel Aquários, ad Aracaju/SE, dai partecipanti che sottoscrivono qui di seguito, delibera di rendere pubblica la propria posizione sulle principali questioni *ivi* affrontate, che rappresenta la sintesi delle sue conclusioni sui problemi nazionali che riguardano l'organizzazione, l'amministrazione e il funzionamento del sistema giudiziario, per: […]

3) suggerire alle Corti di Giustizia di studiare la possibilità di stabilire regole di procedura per il giudizio di richieste ripetitive da parte di un unico giudice estratto a sorte, in attesa che gli altri distribuiti ricevano la decisione paradigmatica che li riguarderà. Allo stesso modo, in relazione al 2° grado di giurisdizione, nel senso che la Camera sorteggiata per prima dovrebbe essere pretermessa per il giudizio di tutti gli altri ricorsi sulla questione ripetuta, nell'interesse dell'economia, della rapidità e della sicurezza della prestazione giudiziaria». Studi 1ª Vicepresidenza TJMG/2011.

(16) Questa è la formulazione attuale del regolamento di procedura: art. 79. «L'organo giudicante che per primo riceve la distribuzione di *habeas corpus*, *writ of mandamus*, appello e qualsiasi altra causa, anche se non è stato valutato il merito, o qualsiasi incidente, avrà giurisdizione preventiva per le azioni originarie correlate e per tutti i ricorsi, in via principale, cautelare o accessoria, incidentale, derivanti da un'altra, connessa o continentale, derivata dallo stesso atto, fatto, contratto o rapporto giuridico, e nei processi di esecuzione delle rispettive sentenze (elaborazione prodotta dall'Emendamento Regolamentare n. 6, del 2016)».

2.3 La tecnica del giudizio congiunto dei processi non connessi (art. 55, §3, c.p.c.)

A ciò si affianca la tecnica di riunione di cause non correlate per un giudizio congiunto. Si tratta della regola stabilita nel §3 dell'art. 55 c.p.c. del 2015, secondo cui «i procedimenti che possono generare il rischio di decisioni contrastanti o contraddittorie se decisi separatamente, anche senza connessione tra loro, sono riuniti per essere giudicati congiuntamente».

Questa norma testimonia la preoccupazione del legislatore di garantire la convergenza dei giudici in casi simili, anche se le domande non sono connesse. L'obiettivo è di preservare la coerenza della risposta della magistratura a conflitti identici o simili, poiché, secondo l'aspetto logico (17) della modificazione della competenza prevista dall'art. 55 del TBC, deve essere evitato il rischio di decisioni contrastanti, rischio che deriva dalla possibilità che i giudici che si occupano delle cause decidano queste ultime diversamente.

La norma rappresenta un importante passo in avanti per garantire la convergenza della giurisprudenza anche in primo grado, estendendo gli effetti della connessione a casi analoghi in procedimenti non connessi, i cui esiti possono mettere a rischio l'armonizzazione delle decisioni.

Questo strumento consente di consolidare le soluzioni in situazioni simili o conflittuali, in quanto impedisce che interpretazioni divergenti dello stesso fatto e della stessa legge portino le cause che trattano situazioni simili a esiti diversi, che genererebbero conflitti sociali e conseguente discredito nei confronti della magistratura.

La stessa ragione spiega la necessità di riunire cause correlate anche quando una di esse è già stata decisa. Questo perché, nonostante l'incompatibilità dei tempi procedurali tra i processi, esiste ancora il rischio di contraddizione tra gli esiti dei processi medesimi. Ciò significa che, nell'ottica di preservare la certezza del diritto, è opportuno modificare la competenza relativa anche in situazioni in cui uno dei casi collegati è stato deciso, in modo da evitare la formazione di sentenze divergenti su casi simili.

La tecnica, messa a disposizione dei giudici di primo grado, risponde alla stessa preoccupazione che ha portato il legislatore a stabilire il dovere di stabilità, integrità e coerenza della giurisprudenza nei tribunali.

---

(17) N. Nery Junior-R. de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*, San Paolo, 2023, p. 228, commentando l'art. 55 c.p.c. del 2015, affermano che «ci sono due ragioni per cui si può modificare la competenza relativa di uno dei tribunali in cui pendono azioni connesse. La prima è di ordine *cronologico*: i procedimenti delle cause connesse devono essere riuniti nello stesso tribunale per essere giudicati congiuntamente, con la stessa sentenza [...]. La seconda ragione per riunire i procedimenti è *logica:* i procedimenti sono riuniti per evitare decisioni contrastanti, che potrebbero verificarsi se vi fossero giudizi separati in ciascuno dei tribunali in cui sono trattate le azioni connesse». Art. 322.

La metodologia delle sentenze congiunte preserva la certezza del diritto, comprese le legittime aspettative del giudice, senza distaccare il processo decisionale dal rispetto del principio del libero convincimento del giudice. In altre parole, consente a casi simili di ricevere soluzioni convergenti dopo un processo cognitivo esaustivo della situazione specifica. Inoltre, la metodologia in esame va a vantaggio dell'economia processuale, poiché rafforza il potere di gestione concesso al magistrato dal Codice vigente attraverso l'utilizzo degli atti processuali, consentendone il compimento una sola volta.

In effetti, il c.p.c. dispone di strumenti messi a disposizione sia dei giudici che delle corti di appello e di sorveglianza per standardizzare le soluzioni, al fine di garantire l'eguaglianza e la certezza del diritto nell'attività giurisdizionale, e per consentire alle parti di accedere ad una giurisdizione tempestiva. Il giudizio congiunto di cause simili e non correlate ne è un esempio, così come gli episodi di assunzione di giurisdizione o di risoluzione di domande ripetitive e il giudizio di ricorsi straordinari e speciali ripetitivi.

In un sistema giudiziario complesso come quello brasiliano, è essenziale utilizzare tecniche in grado di rendere un ausilio alla gestione dei processi e mantenere l'integrità, la coerenza e la stabilità della giurisprudenza.

2.4 La giurisdizione dei tribunali statali nelle cause che coinvolgono entità federali (art. 45, §1 e 2)

Un'altra norma volta a realizzare il principio di celerità è contenuta nell'art. 45 del Codice di procedura civile, secondo cui:

Art. 45: Quando la causa è pendente davanti a un altro tribunale, il fascicolo viene trasmesso al tribunale federale competente se il Governo federale, le sue società pubbliche, gli enti e le fondazioni autarchiche o i consigli di ispezione delle attività professionali intervengono in essa, come parti o terzi intervenienti, ad eccezione delle azioni:

I - per recupero giudiziario, fallimento, insolvenza civile e incidenti sul lavoro;

II - in materia di giustizia elettorale e giustizia del lavoro.

Comma 1 Il fascicolo non viene trasmesso se vi è una richiesta la cui valutazione è di competenza del tribunale davanti al quale è stata intentata l'azione.

Comma 2 Nel caso di cui al paragrafo 1, il giudice non esaminerà il merito di alcuna richiesta in cui il Governo federale, le sue entità autarchiche o le sue società pubbliche abbiano un interesse, se non accetta il cumulo delle richieste per mancanza di giurisdizione nell'esaminare una di esse.

Comma 3 Il tribunale federale restituisce il fascicolo al tribunale statale senza sollevare un conflitto se l'entità federale la cui presenza ha dato origine al rinvio è esclusa dal procedimento".

Il capoverso di questo articolo tratta la situazione in cui la causa è stata presentata e viene trattata davanti al tribunale statale e, nel corso della causa, interviene una persona giuridica di diritto pubblico federale.

In questo caso, la norma processuale stabilisce che il caso sia deferito al tribunale federale competente, in conformità con le disposizioni dell'art. 109 della Costituzione federale, che stabilisce che i giudici federali sono responsabili di perseguire e giudicare le cause in cui l'Unione, un'entità autarchica o una società pubblica federale siano interessate come attori, convenuti, assistenti o oppositori.

Ci sono delle eccezioni. Le sottosezioni I e II dell'art. 45 c.p.c. stabiliscono che le azioni di recupero giudiziario, di fallimento, di insolvenza civile e di infortunio sul lavoro, nonché le azioni riferite alla giustizia elettorale e alla giustizia del lavoro, non saranno deferite al giudice federale, come previsto anche dalla Costituzione federale. Questo perché, in questi casi, la giurisdizione è fissata in ragione della materia.

Vale la pena sottolineare, tuttavia, l'eccezione di cui ai commi 1 e 2 della norma, in quanto copre la situazione in cui il rinvio di cui al capitolo non avrà luogo anche quando la competenza debba venire stabilita in base alla persona. Secondo il comma 1, il fascicolo non sarà trasmesso se esiste un cumulo di domande che rientrano nella competenza del giudice statale davanti al quale è stata intentata l'azione. Si pensi, ad esempio, ad un'azione in cui sono state formulate diverse domande e solo una di esse suscita l'interesse federale. In questo caso, non vi sarà alcun trasferimento di competenza.

La celerità del processo è favorita in questa situazione, poiché l'intervento della persona giuridica pubblica nella causa non amplierebbe la competenza del giudice federale a pronunciarsi sui capitoli che rientrano nella competenza del giudice statale, né spetterebbe al giudice statale esaminare questioni che rientrano nella sfera giuridica dell'ente o degli enti federali. Rinviare il caso al giudice federale per analizzare eventuali interessi equivarrebbe a rendendo il caso interminabile, violando i principi di rapidità e di effettivo accesso alla giustizia.

La soluzione proposta nel paragrafo successivo è quella che meglio risolve l'impasse, in quanto propende per la inammissibilità del cumulo di domande in grado di provocare un mutamento di competenza in ragione della persona, riservando le altre alla giurisdizione statale.

La norma è coerente con le disposizioni dell'art. 327 del TBC, che stabilisce che è ammissibile il cumulo di più domande in un'unica causa contro lo stesso convenuto, anche se non vi è alcuna connessione tra di esse, a condizione che lo stesso giudice sia competente a conoscerle, tra gli altri requisiti (18).

(18) Art. 327: È lecito riunire più domande in um'unica causa contro lo stesso convenuto, anche se non c'è connessione tra di esse.
Comma 1. I requisiti per l'ammissibilità del cumulo sono che:
I - le domande siano compatibili tra loro;

Interpretando la norma sotto l'egida dell'attuale codice processuale, il Tribunale Superiore di Giustizia, in una sentenza redatta dal giudice Herman Benjamin, ha stabilito che nei casi in cui l'Unione chieda di unirsi a una causa in corso presso il Tribunale statale, spetta al Tribunale federale valutare la richiesta. Rinviando il caso alla Corte federale, non si decide che essa è competente a giudicare il caso, ma le si consente semplicemente di accertare se, nel caso specifico, l'Unione debba o meno essere inclusa come parte nella domanda (19).

In un altro ricorso, giudicato dalla Prima Sezione, con il giudice Sérgio Kukina come relatore, il Tribunale dei cittadini ha stabilito che una volta che l'entità federale, la cui presenza aveva indotto il giudice statale a declinare la competenza, è stata esclusa dalla causa, il giudice federale deve restituire il fascicolo e non sollevare un conflitto (20). Questa è la regola stabilita dal comma 3 dell'art. 45 c.p.c.

II - lo stesso tribunale sia competente a conoscerle;
III - il tipo di procedimento sia appropriato per tutte le domande.
Comma 2. Quando ciascuna domanda corrisponde a un tipo di procedimento diverso, il cumulo è ammissibile se l'attore utilizza il procedimento comune, fatto salvo il ricorso alle tecniche processuali differenziate previste nei procedimenti speciali cui sono soggette una o più domande cumulate, che non siano incompatibili con le disposizioni sul procedimento comune.
(19) Questo è l'estratto della sentenza:
PROCEDURA CIVILE. RICORSO INCIDENTALE IN APPELLO SPECIALE. MANIFESTAZIONE DI INTERESSE DA PARTE DELL'AGENZIA NAZIONALE DEI TRASPORTI TERRESTRI - ANTT. GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE FEDERALE. SINTESI 150/STJ. (1) Si può notare che la sentenza del tribunale locale è in contrasto con la giurisprudenza di questa Corte Superiore, che ha stabilito che, nei casi in cui il governo federale chiede di unirsi a una causa in corso presso la Corte statale, è la Corte federale a essere responsabile della valutazione della domanda. Questa è la regola sancita dal Precedente 150/STJ, secondo il quale «spetta al Tribunale federale decidere sull'esistenza di un interesse giuridico che giustifichi la presenza nel procedimento del Governo federale, delle sue autarchie o delle imprese pubbliche». 2. Il Tribunale federale è competente per il rinvio della causa al Tribunale statale. (2) Rinviando il caso alla Corte Federale, il tribunale non decide di essere competente a giudicare il caso, ma si limita a consentirle di accertare se, nel caso specifico, il Governo Federale debba o meno essere parte in causa. 3 Ai sensi del Precedente 150/STJ, spetta al Tribunale federale decidere sull'esistenza di un interesse giuridico che giustifichi la presenza dell'Unione, delle sue autarchie o delle società pubbliche nel procedimento. 4 Ricorso interno respinto (AgInt n. Resp 2.081.320/SP, relatore il Ministro Herman Benjamin, Data della sentenza: 13/11/2023, Seconda commissione, Data di pubblicazione: 19/12/2023). Disponibile all'indirizzo: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302143605&dt_publicacao=19/12/2023. Accesso: luglio 2025.
(20) La sentenza recita come segue:
PROCEDURA CIVILE. AMMINISTRATIVO. CONFLITTO NEGATIVO DI GIURISDIZIONE. FORNITURA DI FARMACI. PRESENZA DEL SINDACATO NELLA DIFESA. NECESSITÀ DI UNA DELIBERAZIONE PREVENTIVA IN MERITO DA PARTE DEL TRIBUNALE FEDERALE. INTELLIGENZA DEL PRECEDENTE 150/STJ. IMPOSSIBILITÀ PER IL TRIBUNALE FEDERALE DI SOLLEVARE IL CONFLITTO NEGATIVO *PER SALTUM*. CONFLITTO NON NOTO. (1) Si tratta di un conflitto negativo di competenza sollevato dal Tribunale federale, a seguito dell'indicazione del Tribunale statale sulla necessità di includere il Governo federale nella difesa di un'azione ordinaria in cui l'attore chiedeva originariamente la fornitura di

L'STJ ha anche stabilito che se il Governo federale non è parte della causa, né lo sono le sue autarchie o le sue società pubbliche, la regola *ratione personae* del Tribunale federale non si applica e la giurisdizione spetta quindi al Tribunale dello Stato comune. Il caso è stato giudicato dalla Prima Sezione, con il giudice Herman Benjamin come relatore (21).

Bisogna ricordare che, ai sensi dell'art. 64, comma 4, c.p.c., gli effetti di una decisione emessa da un tribunale incompetente sono mantenuti fino a quando non ne viene emessa un'altra decisione, se del caso, dal tribunale competente. La norma si applica sia all'incompetenza assoluta che a quella relativa e favorisce la rapida risoluzione della controversia attraverso l'uso di atti processuali, a scapito di eccessive formalità. L'articolo incarna uno dei principali obiettivi del Codice, quello di essere funzionale e coerente al di sopra di ogni perfezione tecnica.

In effetti, nei dieci anni di vigenza del Codice, si è notata la sua efficacia e coerenza, soprattutto grazie agli strumenti di risoluzione congiunta dei casi e ai mezzi di semplificazione delle procedure. La completa implementazione delle norme processuali da parte dei tribunali renderà infatti il processo più equo e veloce, in linea con le esigenze sociali.

---

medicinali solo da parte dello Stato di Rio Grande do Sul e del Comune di Uruguaiana. (2) La giurisprudenza di questa Corte ha stabilito che spetta al Tribunale federale decidere sull'esistenza di un interesse giuridico che giustifichi l'ingresso dell'Unione nella controversia (precedente 150/STJ) e, una volta che tale questione è stata decisa dal Tribunale federale, non sarà possibile per il Tribunale statale riesaminare la questione (precedente 254/STJ). 3) Sempre secondo l'interpretazione prevalente di questa Corte Superiore, "una volta che l'entità federale la cui presenza ha indotto il Giudice statale a declinare la giurisdizione è esclusa dal caso, il Giudice federale deve restituire il fascicolo e non sollevare un conflitto" (Precedente 224). (4) Un caso specifico in cui il Tribunale federale (il giudice che ha sollevato il caso), anche prima di rispettare la linea guida di cui al precedente 150/STJ, ha prontamente sollevato il conflitto negativo. (CC 199.265/RS, relatore il giudice Sérgio Kukina, data della sentenza: 27/09/2023, prima sezione, data di pubblicazione: 2/10/2023). Disponibile all'indirizzo: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302924825&dt_publicacao=02/10/2023. Accesso: luglio 2025.

(21) Ecco le sentenze della sentenza:

PROCEDURA CIVILE. CONFLITTO DI COMPETENZA. COMPETENZA PER MATERIA. ASSENZA DI INTERESSE DA PARTE DELL'INSS. STJ PRECEDENTE 150. (1) La competenza *ratione materiae*, di norma, è determinata dalla natura giuridica della domanda, che è caratterizzata dalla richiesta e dalla causa dell'azione. Nel caso in esame, l'interessato ha chiesto la concessione di una prestazione previdenziale senza alcun riferimento a un infortunio sul lavoro. 2 Nel caso in esame, come si evince dalla petizione iniziale, la richiesta è stata avanzata da un dipendente pubblico statale per ottenere la concessione di una prestazione previdenziale derivante dal regime pensionistico statale del Rio Grande do Sul. (3) Il Governo federale, le sue autarchie o le imprese pubbliche non sono parte della controversia, poiché il Tribunale federale ha ritenuto che il Governo federale non avesse alcun interesse nella richiesta, ai sensi del Precedente 150/STJ, e la regola *ratione personae* del Tribunale federale non si applica. La giurisdizione spetta quindi al Tribunale dello Stato comune. (AgInt n. CC 180.716/RS, relatore Ministro Herman Benjamin, data della sentenza: 15/2/2022, prima sezione, data di pubblicazione: 15/3/2022). Disponibile all'indirizzo: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101918651&dt_publicacao=15/03/2022. Accesso: luglio 2025.

3. Considerazioni finali

Il Codice di procedura civile, entrato in vigore un decennio fa, ha espressamente incorporato i principi costituzionali nella sua dimensione processuale, con l'obiettivo di favorire l'effettiva realizzazione del diritto sostanziale. Ciò rispecchia direttamente la tesi elaborata da Giuseppe Chiovenda, secondo il quale il processo deve fornire, per quanto praticamente possibile, a chi ne ha diritto, tutto ciò che gli è dovuto, evidenziandone la natura strumentale e il legame con la realizzazione della giustizia.

In questo contesto, è essenziale che il processo garantisca che il tribunale non fornisca solo una tutela formale, ma anche una tutela effettiva, tempestiva e sicura dei diritti, evitando anche il rischio di essere esposti a decisioni divergenti in situazioni giuridiche simili. Questa preoccupazione è in linea con la teoria del rapporto giuridico processuale sviluppata nel diritto italiano e diffusa in Brasile, secondo la quale il processo deve essere inteso come un rapporto giuridico complesso, basato sulla collaborazione tra i soggetti processuali e volto a risolvere il conflitto sulla base dell'autorità statale.

In questa prospettiva, il rispetto delle garanzie costituzionali del processo - quali il contraddittorio, la ragionevole durata e la certezza del diritto - costituisce una vera e propria realizzazione dell'ordine costituzionale. Queste garanzie, sancite nelle disposizioni introduttive del Codice e che si irradiano in tutto il loro contenuto normativo, trovano una realizzazione pratica in strumenti come l'uniformazione della giurisprudenza e il dovere di mantenere la giurisprudenza stabile e coerente. La regola della distribuzione dei ricorsi per prevenzione, a sua volta, è un meccanismo che persegue detti obiettivi.

Il rafforzamento dell'uniformazione delle decisioni ai sensi del sistema stabilito dal Codice di procedura civile del 2015 nel suo terzo libro è legato alla garanzia della certezza del diritto e alla sua prevedibilità ed efficacia. La tutela è efficace solo quando la risposta del tribunale per risolvere la controversia viene data entro un tempo ragionevole. Pertanto, è un dovere primario e fondamentale assicurare a tutti coloro che richiedono tutela da parte del sistema giudiziario una durata ragionevole del processo e uno sforzo effettivo per garantire la rapidità dei rispettivi procedimenti, come affermato dalla migliore dottrina.

La metodologia della riunione delle cause non correlate per un giudizio congiunto, stabilita nel comma 3 dell'art. 55 c.p.c. del 2015, mira anche a preservare la certezza del diritto nell'ambito dei giudizi di primo grado, evitando che interpretazioni divergenti dello stesso fatto e dello stesso diritto portino i ricorsi che trattano situazioni simili a risultati diversi, senza peraltro distaccare il processo decisionale dal principio della tutela del libero convincimento del giudice.

Gli strumenti procedurali messi a disposizione dei giudici, delle corti di appello e delle corti superiori per uniformare le soluzioni mirano all'eguaglianza e alla

certezza del diritto, anche per preservare le legittime aspettative del giudice, evitando l'irrigidimento del processo decisionale, riflesso della ricerca di equilibrio nel processo di soddisfazione del diritto materiale.

Questi e altri istituti, come quelli previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 45 e dal comma 4 dell'art. 64 c.p.c., dimostrano l'efficacia dell'attuale Codice nelle disposizioni sulle semplificazioni delle procedure. La completa integrazione delle norme procedurali all'interno delle prassi dei tribunali renderà infatti il processo più equo e veloce, in linea con le esigenze sociali, come la Commissione dei giuristi si è prefissata di perseguire nell'elaborazione dei progetti che sono sfociati nella riforma del Codice di procedura civile brasiliano.

L'articolo, a partire dal Codice di procedura civile brasiliano del 2015, illustra le tecniche volte a garantire celerità e coerenza nel giudizio delle diverse controversie sottoposte al potere giudiziario brasiliano. Muovendo dallo sviluppo del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, si esamina il sistema brasiliano dei precedenti, la distribuzione dei procedimenti per prevenzione, la tecnica di decisione congiunta di cause non connesse e la giurisdizione statale nelle controversie di interesse federale.

The article, drawing on the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure, presents the procedural techniques aimed at ensuring speed and consistency in the adjudication of the various claims brought before the Brazilian judiciary. Building upon the constitutional principle of the reasonable duration of proceedings, it discusses the Brazilian system of precedents, the procedural allocation by prevention, the technique of joint adjudication of unrelated cases, and the exercise of state jurisdiction in matters of federal interest.

Paolo Duret
(Professore ordinario nell'Università di Verona)

Procedimento e processo nell'esperienza italiana: un rapporto complesso*

Sommario: 1. Premessa. - **2.** Il procedimento amministrativo in Italia: 2.1 La dottrina sul procedimento; 2.2 La codificazione del procedimento. - **3.** Il processo amministrativo (cenni). - **4.** Procedimento e processo: 4.1 Procedimento e processo nell'elaborazione dottrinale; 4.2 Segue: Tre modelli di rapporto tra procedimento e processo; 4.3 Profili problematici nell'evoluzione del rapporto tra procedimento e processo: il "preavviso di rigetto", l'illegittimità non invalidante, la motivazione "postuma", la *full jurisdiction* in chiave compensativa; 4.4 Segue: Giudicato amministrativo, giudizio di ottemperanza e riedizione del potere da parte dell'amministrazione; 4.5 Procedimento e processo nel contesto dell' "erompere" delle Autorità amministrative indipendenti; 4.6 Procedimento e processo nei processi decisionali automatizzati.

1. Premessa

Se quello dei rapporti tra procedimento e processo amministrativo è un tema che ha tradizionalmente e da tempo risalente impegnato la migliore dottrina italiana, esso riveste tuttavia una perdurante attualità alla luce dell'evoluzione (legislativa, dottrinale, giurisprudenziale) dei due poli della relazione stessa (1), tanto più che esso investe (e riflette) tematiche generalissime, come il complessivo rapporto, in chiave oggettiva, tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale e, in chiave soggettiva, tra amministrazione e giudice.

Si tratta inoltre di un rapporto che, come si cercherà di dimostrare, si presenta particolarmente articolato e complesso, non di rado controverso.

Per una più efficace comprensione delle problematiche che esso implica, trattate nella seconda parte di questo scritto, si è scelto di farla precedere da una prima parte riguardante nozione e aspetti essenziali del procedimento amministrativo

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) Per una recente messa a fuoco del problema cfr. la monografia di F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, recensita da M. Bellavista in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, n. 1, pp. 281 e ss.

nella dottrina e nella legislazione italiana (L. 7 agosto 1990, n. 241) seguita da una breve analisi delle caratteristiche del processo amministrativo in Italia.

È inoltre necessario fare sin da subito alcune fondamentali precisazioni sui termini impiegati perché possono creare un po' di confusione e dei fraintendimenti: nel sistema italiano quello che chiamerò "procedimento" corrisponde a quello che nell'ordinamento brasiliano viene generalmente chiamato "*processo administrativo*" (2).

Del resto il termine "*processo administrativo*" come sinonimo di "procedimento administrativo" si ritrova ora anche nella Costituzione federale brasiliana del 1988 e nella legislazione, in particolare nella *Lei Paulista n. 10.177 de 30 de dezembre de 1998* (3) e nella *Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99 de 29 de janeiro 1999*) (4), che sostanzialmente corrispondono in Italia alla citata L. 241/1990 di cui ci si occuperà nel §2.2.

Viceversa quello che chiamerò "processo amministrativo" corrisponde a quello che nell'ordinamento brasiliano viene generalmente chiamato "*processo judicial*", tenendo presente che in Italia accanto al giudice che viene definito "*ordinario*" (giudice civile o penale) esiste un giudice "speciale", il giudice *amministrativo* davanti al quale si svolge un apposito "*processo amministrativo*" (5) ed è a quest'ultimo che farò riferimento perché le controversie tra il cittadino e l'amministrazione sono decise prevalentemente proprio in questo processo.

---

(2) A questo proposito vorrei richiamare alcuni passi di due noti studiosi brasiliani di diritto amministrativo: "*A despeito do difundido uso do termo procedimento no âmbito da atividade administrativa, mais adequada se mostra a expressão processo administrativo. A resistência ao uso do vocábulo processo no campo da administração pública, é explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou da função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade estatal se refere a determinado processo*." (O. Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, 2008, p. 44); "*No Brasil, prefere-se a terminologia "processo administrativo" ao invés de "procedimento administrativo", com o fundamento de que "processo" designa o todo teleologico do instituto entanto que o termo "procedimento" designa apenas a mecânica do enquadreamento das fases do processo* […]" (R. Perlingeiro, *Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica*, in *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, 2011, 13, n. 68, pp. 93-126).

(3) In tale legge si ritrovano entrambe i termini: infatti nel titolo si precisa che tale legge "*Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual*" e nell'art. 1 che "*regula os atos e procedimentos administrativos*".

(4) In proposito cfr. C. A. Sunfeld, *Processo e procedimento administrativo no Brasil*, in *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98),* a cura di *Id.*, G.A. Muñoz, Malherois, 2000, pp. 17 e ss. Sulla *lei* nº 9.784/99 cfr. R.F. Bacellar Filho, S.L. Pivetta, *O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99*, in *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional,* Belo Horizonte, 2014, 14, n. 58, pp. 107-135.

(5) Sulla differenza con il modello della giurisdizione unica vigente in Brasile cfr. E. Andrade, *Il c.d. mandado de segurança individuale nel diritto processuale civile brasiliano*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, n. 3, pp. 631 e ss.

2. Il procedimento amministrativo in Italia

2.1 La dottrina sul procedimento

Dal punto di vista strutturale la problematica del procedimento è stata affrontata dalla dottrina, nelle prime elaborazioni organiche, "quasi per dilatazione" di quella dell'atto – che costituiva il punto di vista privilegiato secondo la metodologia di matrice pandettistica – in ragione dell'insufficienza di tale approccio tradizionale a spiegare un effetto che si collega non tanto a un singolo atto, ma alla concorrenza di una pluralità di atti e operazioni necessari e dunque tutti rilevanti ai fini della produzione dell'effetto stesso (6).

Si passa così, sulla scorta delle elaborazioni della teoria generale in tema di fattispecie degli anni Trenta del secolo scorso, dall'atto amministrativo al modello della fattispecie a formazione progressiva (o successiva).

In questa chiave la prima ricostruzione è avvenuta con una monografia del 1940 di Aldo Sandulli (7).

Si è parlato in proposito di una *concezione formale* del procedimento: l'Autore infatti analizza la struttura del procedimento, differenziandolo dall'atto complesso e avviandone l'articolazione in fasi, studia l'ordine di successione degli elementi delle singole fasi e gli effetti dei singoli atti rispetto alla produzione finale dell'effetto giuridico, esamina le ripercussioni "delle imperfezioni e delle irregolarità" procedimentali sul provvedimento, approfondendo i profili dell'impugnazione degli atti interni al procedimento e dei procedimenti oggi definiti di secondo grado (8).

È stato scritto efficacemente che "Sandulli ha spiegato cosa era il procedimento, gli Autori venuti dopo hanno spiegato a che cosa serve il procedimento" (9).

Nel passaggio da una prospettiva "strutturale" a una prospettiva "funzionale" circa l'analisi del fenomeno del procedimento (10) fondamentale risulta il contributo di Feliciano Benvenuti.

---

(6) G. Sala, R. Villata, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1996, v. XI, pp. 578-579; G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, n. 3, pp. 591-592. Il punto è ripreso più di recente da M. Bellavista, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, n. 2, p. 49, secondo cui "il *grande stile* delle imponenti opere del tecnicismo giuridico, sulla spinta della dottrina germanica, aveva come tema lo studio degli atti amministrativi piuttosto che delle procedure".

(7) A. M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

(8) Per questi rilievi cfr. F. Patroni Griffi, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in *federalismi.it,* 2015, n. 5, pp. 6-7.

(9) G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo,* a cura di L. Mazzarolli et al., Bologna, 2005, p. 539.

(10) Per il significato della distinzione, nello studio del procedimento, tra prospettiva *strutturale* e prospettiva *funzionale* si rinvia alla già citata voce di G. Sala-R. Villata, *Procedimento amministrativo*, p. 578.

Nella sua *concezione funzionale* del procedimento (11) quest'ultimo si configura come la strada attraverso cui passa il potere per concretarsi in un atto (questo è infatti ciò che Benvenuti intende per "funzione" – la trasformazione del potere astrattamente previsto dalla norma in un atto concreto) e insieme la sua manifestazione sensibile, la "epifania della funzione". Se dunque il procedimento serve a rendere visibile questa trasformazione, la rende anche controllabile e sindacabile.

Nella *concezione organizzativa* di Mario Nigro infine il valore primario del procedimento è di tipo organizzativo: il procedimento "appartiene al mondo dell'organizzazione, non al mondo dell'atto, e nemmeno, in generale, dell'attività amministrativa"; esso non si limita infatti a "legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi in una trama che è anzitutto organizzativa" (12).

D'altra parte, si è opportunamente osservato che in un ordinamento pluralista è nel procedimento che si attua quella sintesi delle valutazioni dei diversi centri esponenziali degli interessi che l'amministrazione accentrata risolveva nel principio gerarchico (13), sicché a buon titolo si può parlare di una "capacità ordinatrice" del procedimento (14).

Pertanto secondo Nigro è nel procedimento amministrativo e mediante esso che si provvede alla identificazione degli *interessi* che sono coinvolti nell'azione della pubblica amministrazione e dei *soggetti* titolari di questi. Così il procedimento diviene una forma di legittimazione del potere e un metodo per realizzare una nuova legalità, una "legalità-procedimentale" (15): infatti non si tratta più solo di controllare e assicurare la conformità dell'attività amministrativa alle norme, bensì di "dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto e originale assetto di tali interessi" (16).

Tale ultima concezione è particolarmente significativa perché negli anni Ottanta del secolo scorso Nigro presiederà poi la Commissione incaricata di elaborare lo schema successivamente divenuto la fondamentale L. 241/1990.

---

(11) F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 128.
(12) M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo),* in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 273. Va rilevato che già nella fondamentale monografia *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, l'Autore aveva fatto cadere la tradizionale partizione del diritto amministrativo in "organizzazione" e "attività", il "diaframma della tralatizia – e fin troppo comoda – distinzione fra momento organizzativo e momento dell'attività sostanziale" (così D. De Pretis, *Mario Nigro. Giurista della complessità*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 2023, n. 3, p. 7), sostenendo l'esistenza di "un processo continuo organizzazione-attività-interessi nel quale maggiormente risalta la strumentalità […] dell'organizzazione" (cit., p. 121).
(13) G. Sala, R. Villata, *Procedimento amministrativo*, cit., p. 577.
(14) Così E. Chiti, *La dimensione funzionale del procedimento*, in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, a cura di L. Fiorentino, Milano, 2008, pp. 211 e ss.
(15) M. Ramajoli, *Dal provvedimento al procedimento amministrativo e ritorno. Rileggendo Mario Nigro*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 2024, n. 1, p. 4.
(16) M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 261-262.

2.2 La codificazione del procedimento

La disciplina italiana sul procedimento si pone in una posizione intermedia tra i due modelli positivi (ed estremi) di "codificazione" del procedimento.

Da una parte il modello austriaco, e, sia pure in misura inferiore, quello tedesco "di impostazione essenzialmente processuale e di derivazione positivistico-kelseniana" (17); in particolare nei contenuti della legislazione austriaca del 1925 – considerata la prima codificazione organica del procedimento amministrativo (18) – si riconosce una derivazione dal processo, avendo il legislatore ripreso gli orientamenti già affermati dal Tribunale Amministrativo di Vienna (19).

Dall'altra parte c'è la legislazione statunitense del *Federal Administrative Procedure Act* del 1946: da questo modello la legge italiana riprende la struttura snella, un'impostazione per princìpi e un'attenzione verso la disciplina della partecipazione procedimentale degli interessati "nella prospettiva di una co-determinazione degli interessi" (20).

La scelta del legislatore italiano è stata quella di non disciplinare minuziosamente il procedimento amministrativo, circoscrivendo a limitate ipotesi le formalità dirette a guidare l'esercizio del potere amministrativo e dettando "poche ma forti regole procedimentali", lo spirito della legge non essendo stato soltanto l'introduzione di una normativa generale sul procedimento amministrativo, ma l'introduzione di "una nuova concezione dell'amministrazione, finalmente in linea con la Costituzione" (21).

Infatti, più che un vero e proprio "codice" dell'azione amministrativa tale legge è stata definita uno "statuto" dei diritti e doveri del cittadino e dell'amministrazione.

Essa nasce come una legge breve, con pochi articoli se paragonata ad altre codificazioni (22): fissa alcuni "principi" (23) (che si rifanno a quelli espressi nella

(17) F. Patroni Griffi, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, cit., pp. 9-10.

(18) Sulla codificazione austriaca cfr. il recente denso volume di G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (*eds*), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion (1920-1970)*, Oxford University Press, 2023, commentato da L. Ferrara, *Some little notes on administrative justice*, in *Italian Journal of Public Law*, 2024, n. 2, pp. 470 e ss.

(19) G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, cit., pp. 573-574.

(20) F. Patroni Griffi, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, cit., p. 10.

(21) R. Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, n. 3, p. 677.

(22) Si pensi, a titolo di esempio, alle centinaia di articoli che compongono la recente codificazione francese, il *Code des relations entre le public et l'administration* del 2015.

(23) Cfr. in particolare l'art. 1, comma 1 della L. 241/1990: "*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*".

Costituzione Italiana (24)) e alcuni "modelli organizzativi" e riconosce alcuni "diritti" allo scopo di ridisegnare i rapporti tra cittadino e amministrazione.

Fra i "modelli organizzativi", finalizzati a dare concreta attuazione ai principi suddetti, vanno segnalati in particolare:

a) l'introduzione della figura del "responsabile del procedimento" (25), ritenuto una delle *best practices* nel contesto dell'Unione Europea: esso è considerato come il "signore della fase istruttoria" per una guida unitaria tesa ad una condotta rapida di ogni procedura e come un "ausiliare degli amministrati", garante dei loro diritti procedimentali e "facilitatore" di un dialogo multilaterale (26);
b) la previsione di termini precisi e differenziati per la conclusione dei procedimenti (27), alla quale è stata successivamente aggiunta la previsione di una "responsabilità da ritardo" a carico dell'amministrazione inadempiente (28);
c) l'introduzione della "conferenza dei servizi" (29) per realizzare la concentrazione delle procedure relative alla medesima attività e ai medesimi risultati (30);
d) la semplificazione dei rapporti tra chi deve rilasciare pareri o valutazioni tecniche e chi deve decidere (31);
e) l'introduzione della figura del silenzio-assenso come garanzia degli interessati rispetto all'inerzia dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte (32).

Fra i "diritti" riconosciuti dalla legge si segnalano in particolare:

a) la generalizzazione di un diritto (e corrispondente obbligo dell'amministrazione) alla motivazione dei provvedimenti amministrativi (33);

---

(24) Cfr., in particolare, il comma 2 dell'art. 97 della Costituzione: "*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*".
(25) Cfr. artt. 4, 5, L. 241/1990.
(26) E. Frediani, *Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento*, in *Dir. e società*, 2017, pp. 697 e ss. In argomento cfr. altresì M. Bellavista, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quello del procedimento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, n. 1, pp. 373 e ss.
(27) Cfr. art. 2 L. 241/1990.
(28) Cfr. art. 2bis L. 241/1990.
(29) Cfr. articoli da 14 a 14quinquies L. 241/1990.
(30) G. Pastori, *The origins of law no. 241/1990 and foreign models*, in *Italian Journal of Public Law - Special Issue*, 2010, vol. 2, pp. 266-267.
(31) Cfr. artt. 16 e 17 L. 241/1990.
(32) Cfr. art. 20 L. 241/1990.
(33) Cfr. art. 3 L. 241/1990. In argomento cfr., peraltro, le considerazioni perplesse di M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, n. 3, pp. 894 e ss., in ordine a un rilevato processo di depotenziamento di tale obbligo generalizzato di motivazione dei provvedimenti amministrativi – che prende corpo in forme differenti ("motivazione assente, motivazione implicita, motivazione sintetica e motivazione successiva") – cui corrisponderebbe un simmetrico processo di progressivo svuotamento dell'obbligo di motivazione delle sentenze.

b) il diritto di partecipare al procedimento (34), in sintonia con la descritta concezione organizzativa di Nigro; in questo contesto in particolare si colloca (ancorché non con la ricchezza di articolazioni che l'Autore aveva originariamente ipotizzato) il riconoscimento della possibilità per l'amministrazione di ricorrere a degli accordi con i privati sul contenuto o addirittura al posto del provvedimento finale (35);
c) il diritto di accesso ai documenti formati o detenuti dall'amministrazione (36);
d) il diritto (nelle procedure di natura vincolata) di intraprendere determinate attività sulla base di una semplice dichiarazione dell'interessato (37), senza dover attendere il provvedimento preliminare di assenso da parte dell'amministrazione (con l'elisione quindi del relativo procedimento) e salva la possibilità di un successivo controllo e di misure interdittive da parte di quest'ultima: si è aperta così la strada a una "auto-amministrazione" (38) o "auto-responsabilità" dei privati.

Nel testo originario della legge n. 241 vi sono due linee che si intersecano: la linea delle *garanzie* (democrazia) e la linea della *semplificazione/efficienza* (il risultato).

Queste corrispondono ai fondamentali principi costituzionali dell'*imparzialità* e del *buon andamento*: per esempio, accanto al diritto di partecipazione o all'obbligo di motivazione, riconducibili alle esigenze di imparzialità, ci sono le previsioni in tema di responsabile del procedimento o di conferenza dei servizi, funzionali al buon andamento.

La legge ha tuttavia subito continue modifiche negli anni successivi ad opera di un legislatore affetto da una "ansia riformatrice" (39) (ovvero da "bulimia" legislativa(40)) che ne hanno in parte snaturato l'aspetto originario.

---

(34) Cfr. il Capo III della L. 241/1990.
(35) Cfr. art. 11 L. 241/1990. Questi accordi sembrano corrispondere almeno in parte agli *Acordos administrativos:* disciplinati dall'*artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-Lei* nº *4.657/1942, na redação introduzida pela Lei nº 13.655/2018,* ma con una portata verosimilmente più ampia perché non hanno solo lo scopo di "*eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público*", ma sono previsti ora come un generale sbocco alternativo del procedimento (in tal senso si veda già M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge),* in *Dir. proc. amm.*, 1989, n. 1, p. 18).
(36) Cfr. l'art. 10 e il Capo V della L. 241/1990.
(37) Cfr. l'art. 19 della L. 241/1990. La dichiarazione di provenienza privata, sostitutiva dell'atto amministrativo di assenso, ha subito nel tempo differenti denominazioni: "Denuncia di Inizio Attività" (DIA), successivamente "Dichiarazione di Inizio Attività" (ancora DIA) e da ultimo "Segnalazione Certificata di Inizio Attività" (SCIA).
(38) In proposito cfr. P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.
(39) A. Celotto, *L'ansia riformatrice, il Gattopardo e il nuovo art. 29 della L. 241/1990, come modificato dalla L. 69/2009*, in *www.giustamm.it*, 2009, n. 9.
(40) F. Patroni Griffi, *Cittadino e potere a 25 anni dalla L. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2015, n. 10, p. 5.

Tali modifiche sul piano dell'impostazione (e della stessa lunghezza della legge 241) denotano uno spostamento del baricentro dal procedimento al provvedimento a differenza di quanto previsto nella disciplina originaria della legge (41).

In verità, secondo Nigro, come s'è visto uno degli ispiratori della futura legge n. 241, una disciplina del procedimento doveva al contrario servire a spostare il baricentro dell'azione amministrativa dall'atto finale all'istruttoria procedimentale (42). Illuminante la metafora dell'Autore che paragona l'atto amministrativo terminale della sequenza procedimentale al bilancio di un'azienda, che riassume le scritture contabili offrendone tuttavia una rappresentazione sintetica e statica (43); dunque l'atto di decisione finale, il provvedimento, possiede "più il carattere di un riepilogo preformato – almeno nella parte essenziale – nelle fasi precedenti del procedimento stesso" (44), segnatamente nella fase istruttoria.

In più riprese, si è osservato, si era tentato di importare in Italia il modello tedesco, che disciplina in dettaglio il provvedimento e si ispira alla corrente dottrinale della pandettistica e della postpandettistica, "in quanto volto ad elaborare una disciplina dell'atto amministrativo sul modello di quella del negozio giuridico" (45).

Con la L. 15/2005 si inserisce nella legge n. 241 un nuovo Capo dedicato appunto alla "*efficacia e invalidità del provvedimento amministrativo*" (46) e si disciplinano l "*annullamento d'ufficio*" (47) e la "*revoca*" (48), due poteri generali dell'amministrazione che tradizionalmente esprimono una posizione di supremazia e di privilegio dell'amministrazione e che rappresentano due provvedimenti c.d. di "secondo grado", perché l'amministrazione interviene su un proprio precedente provvedimento per annullarlo, se illegittimo, o per impedire che produca ulteriori effetti, se divenuto contrario all'interesse pubblico.

La stessa legge del 2015 assoggetta inoltre le attività dell'amministrazione nazionale non solo ai principi stabiliti dalla legge n. 241, ma anche ai principi del diritto europeo, come la proporzionalità, il legittimo affidamento, la protezione delle aspettative, la concorrenza, la sostenibilità, la prevenzione e la precauzione (principi, questi ultimi, rilevanti nei procedimenti ambientali).

---

(41) Sul punto cfr. F. Patroni Griffi, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, cit., p. 11.
(42) M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto, e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, n. 2, p. 462.
(43) M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., p. 268.
(44) M. Nigro, *op. loc. cit.*, con richiamo a W. Schmitt Glaeser, *Il procedimento amministrativo e la sua legge (un'osservazione introduttiva),* in *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania*, a cura di A. Masucci, Napoli, 1979, p. 426.
(45) M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento*, cit., p. 469.
(46) Cfr. il Capo IVbis della legge n. 241.
(47) Cfr. l'art. 21nonies della legge n. 241.
(48) Cfr. l'art. 21quinquies della legge n. 241.

Le due linee – della garanzia e del risultato – presenti come s'è visto nel testo originario, hanno continuato a svilupparsi nel corso delle modifiche della legge, ma, a una valutazione complessiva, si nota che le ragioni della garanzia – se non predominanti, quanto meno equamente bilanciate con quelle orientate al risultato nell'impostazione originaria della legge n. 241 – sono ora spesso postergate a queste ultime; ciò che oggi conta maggiormente sembra essere decidere e decidere in fretta, con il rischio, tuttavia, in preda a questa "ansia del decidere" (49), di una considerazione inadeguata dei differenti interessi pubblici e privati coinvolti nel processo decisionale dell'amministrazione e dunque di un'indebita costrizione di questioni complesse, spesso però destinate a riemergere in altra sede, in particolare nel processo davanti al Giudice, determinando così una *litigation explosion*.

Si possono conclusivamente evidenziare taluni limiti della legge n. 241:

a) la partecipazione è contemplata solo in forma cartacea, senza alcun contraddittorio orale;
b) la legge disciplina i procedimenti che in inglese si direbbero di *adjudication*, cioè per l'emanazione di provvedimenti puntuali, ma non si estende ai procedimenti di *rulemaking* (ossia per l'emanazione di atti normativi e amministrativi generali) che sono espressamente esclusi (50), ma per i quali sono tuttavia previste regole specifiche in varie leggi di settore;
c) la digitalizzazione dell'amministrazione è disciplinata in un codice a parte;
d) è previsto un diritto di accesso, ma è solo *difensivo*, cioè legato ad un "*need to know*", ossia alla necessità di tutelare una particolare situazione di diritto o interesse che bisogna dimostrare nella richiesta di accesso (51). Più di recente è stato introdotto anche un accesso che spetta a chiunque, legato a un obbligo di trasparenza dell'amministrazione come "casa di vetro", e quindi come espressione di un "*right to know*", nella linea del *Freedom of Information Act* inglese o degli Stati Uniti; questo però è avvenuto al di fuori della legge n. 241 (52) e ciò crea ora una sovrapposizione di modelli di accesso (53), che ha già dato luogo a oscillazioni giurisprudenziali e a richiesta di interventi legislativi di razionalizzazione (54).

Nonostante le molteplici variazioni conosciute dalla legge, ulteriori interi settori di disciplina procedurale si sono sviluppati al di fuori di tale normati-

(49) E. Casetta, *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. amm.*, 1998, n. 3-4, p. 345.
(50) Cfr. art. 13 L. 241/1990.
(51) Cfr. artt. 22 e 24 L. 241/1990.
(52) Cfr. l'art. 5 del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che disciplina l'accesso c.d. "*civico*", ulteriormente articolato poi in accesso civico "semplice" e "generalizzato".
(53) Su tale problematica cfr., anche nell'ottica del rapporto tra procedimento e processo, F. Gorgerino, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *federalismi.it*, 2022, n. 5, pp. 96 e ss., specie pp. 104 e ss.
(54) Così ad esempio M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, VIII ed., Torino, 2025, p. 292.

va, *trend* accentuato poi da un anomalo ricorso a un "diritto amministrativo dell'emergenza", tanto che ci si può domandare se la legge n. 241 si possa oggi considerare una legge, sia pure non onnicomprensiva, comunque "generale" sul procedimento.

3. Il processo amministrativo (cenni)

In Europa troviamo:

– sistemi monistici, come ad esempio in Gran Bretagna (analogia con l'ordinamento brasiliano nel quale la giurisdizione unica è in vigore dal 1891, sul modello degli Stati Uniti);
– sistemi dualistici (come ad esempio in Francia, Germania, etc.)

Agli albori del sistema italiano di tutela si verifica un avvicinamento al modello monista in conseguenza dell'All. E della L. 20 marzo 1865, n. 2248 "*Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*" (appena sorto nel 1861), che radica la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Tale legge, pur ispirata a principi liberali, presentava tuttavia un duplice limite: sotto il profilo del limite c.d. "esterno" assicurava una tutela giurisdizionale solo in presenza di "*diritti civili e politici*" (55) (sostanzialmente quando fossero in gioco "*diritti soggettivi*"), escludendola per quelle distinte situazioni soggettive denominate "*interessi legittimi*" che tuttavia ricomprendono nella realtà italiana la gran parte delle vicende che vedono il cittadino contrapposto all'amministrazione; sotto il profilo del limite c.d. "interno", poi, una rigorosa interpretazione del principio della separazione dei poteri determinava l'impossibilità per il giudice ordinario, anche una volta riconosciuta la sua giurisdizione, di incidere sull'atto amministrativo, che non poteva "*essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative* […]" (56).

L'insoddisfazione per questo assetto di tutela giurisdizionale solo parziale espressa dalla cultura del tempo più sensibile porta alla nascita nel 1889 della giurisdizione amministrativa e del relativo processo, con la creazione della Quarta sezione (giurisdizionale) del Consiglio di Stato (57).

---

(55) Cfr. l'art. 2 dell'Allegato E: "*Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*".

(56) Cfr. l'art. 4 dell'Allegato E: "*Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso*".

(57) Cfr. la L. 31 marzo 1889, n. 5992.

In origine tutto questo processo ruota intorno alla tutela contro il provvedimento, che costituisce esclusivo oggetto del sindacato giurisdizionale (58): si impugna l'atto amministrativo per chiedere al giudice di annullarlo; il ricorso non sospende automaticamente gli effetti dell'atto, ma si può chiedere la c.d. "sospensiva" perché la situazione del ricorrente non sia pregiudicata nel tempo necessario per arrivare alla decisione sulla richiesta di annullamento (la c.d. "tutela cautelare", che si esaurisce però in quest'unica misura, ciò che conferma la centralità dell'atto). Si tratta peraltro di una misura che evidentemente non basta quando non ci si oppone a un atto dell'amministrazione, ma l'amministrazione non risponde alla propria istanza e quindi non si ottiene il provvedimento necessario, ad esempio, per intraprendere una certa attività.

Si identificano sin da allora tre vizi di legittimità che possono inficiare l'atto, determinandone l'annullamento: l'incompetenza, la violazione della legge e l'eccesso di potere che, in particolare, riguarda un uso gravemente scorretto del potere discrezionale da parte dell'amministrazione e pertanto investe il contrasto dell'atto con alcuni principi generali, con alcune "regole" che via via la giurisprudenza individua come espressione di una "deontologia" (59) della discrezionalità medesima.

Dopo l'avvento della Costituzione, dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato l'evoluzione della giustizia amministrativa dalla dimensione "oggettiva" (incentrata sulla tutela sull'interesse pubblico) a quella "soggettiva" (preordinata alla tutela delle situazioni soggettive).

Si sottolinea poi una seconda evoluzione del processo amministrativo da "giudizio sull'atto" – la cui centralità viene dunque a ridimensionarsi – a "giudizio sul rapporto" che si instaura tra l'amministrazione e il cittadino, o a giudizio teso a stabilire se al ricorrente spetti o meno un certo bene della vita (come ad esempio la salvaguardia della proprietà a fronte di un'espropriazione, la possibilità di svolgere una certa attività o professione, rispetto all'autorizzazione o concessione richiesta, etc.).

Questo si rispecchia nell'attuale Codice del processo amministrativo (intervenuto solo nel 2010) (60):

a) le azioni ammissibili non sono più solo quella di annullamento del provvedimento impugnato, ma anche – vigendo un principio di *atipicità* delle

(58) Verosimilmente ciò costituisce un riflesso dell'essere il processo amministrativo nato in verità come una "trasformazione di procedimenti (amministrativi) contenziosi di secondo grado in attività giurisdizionale" (V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm*., 1993, n. 2, p. 247), ed essendosi "solo successivamente affermata la convinzione della natura giurisdizionale, e non solamente giustiziale, del nuovo rimedio" (G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, p. 574), ciò che lasciato in esso tuttavia un'impronta indelebile" (M. Nigro, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 2), testimoniata anche dalla circostanza, sia pure formale, che il Consiglio di Stato denomini la proprie pronunce come "decisioni".

(59) G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.,* 1987, pp. 3165 ss., specie p. 3167.

(60) Cfr. l'allegato al D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo.

azioni – l'azione di nullità, quella di condanna, anche al risarcimento del danno, l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, l'azione contro il silenzio dell'amministrazione, l'azione a tutela del diritto di accesso, cui si aggiunge l'azione per l'efficienza dell'amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi (c.d. "*class action*" pubblica), collocata al di fuori del Codice (61), mentre un rito speciale abbreviato riguarda le procedure relative ai contratti pubblici;

b) in modo simmetrico, anche la tutela cautelare non si esaurisce più nella sola "sospensiva", ma si allarga oggi a tutte quelle misure "*che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*" (62).

4. Procedimento e processo

4.1 Procedimento e processo nell'elaborazione dottrinale

Venendo ora al tema specifico di queste riflessioni, occorre anzitutto ricordare che, secondo gli studiosi della Scuola di Vienna, in base alla *Stufenbaulehre*, o teoria gradualista, attività giurisdizionale e attività amministrativa si riconducevano ad un unico e indifferenziato momento di produzione giuridica (63); la giurisdizione veniva parificata all'amministrazione in quanto essa pure *legis executio*, talché Merkl le considerava entrambe figlie rispetto alla legislazione e sorelle tra di loro (64). Essi pertanto avevano ricondotto il processo nella unitaria categoria del procedimento per innestare in quest'ultimo le garanzie da tempo associate al primo: così la legislazione austriaca pubblicata il 21 luglio 1925 (65) riproduceva

(61) D.Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

(62) Cfr. l'art. 55 del Codice del processo amministrativo.

(63) G. Sala, R. Villata, *Procedimento amministrativo*, cit., p. 580. Per una efficace e compiuta ricostruzione di tali profili cfr. M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, pp. 25 e ss., specie pp. 31 e ss., ove fra l'altro si ricorda, a parte il diritto comune medievale e la sua riconduzione nel concetto di *jurisdictio* di attività oggi riconosciute come funzioni amministrative, che già per Otto Mayer "*[l]'acte administratif représente, pour l'administration, le pendant nécessaire du jugement des tribunaux* […]. *Il en a la force, les effets et la position dominante*" (O. Mayer, *Le droit administrative allemand*, Paris, 1903, pp. 72-73).

(64) Lo ricordano G. Sala, R. Villata, *op. ult. cit.*, p. 582, richiamandosi a A. M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 32. Cfr. in particolare A. Merkl, *Das Doppelte Rechtsantlitz, in Juristiche Blätter*, 1917, pp. 425 e ss. e H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Harvard), 1945, p. 269: "*There are not three but two basic functions of the State: creation and application (execution) of Law*".

(65) Si trattava in verità di un *corpus* di ben 4 leggi: la *Legge di introduzione alle leggi sul procedimento amministrativo*; la *Legge sul procedimento amministrativo generale*; la *Legge amministrativa penale*; la *Legge sull'esecuzione amministrativa* (in tema cfr. G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1964, pp. 97 e ss.)

«quanto del codice di procedura civile era utilizzabile anche per i procedimenti amministrativi» (66).

Ma, è possibile differenziare procedimento e processo?

La distinzione tradizionale si basa su un punto di vista *funzionale* o *oggettivo*: il processo, pur essendo a sua volta un procedimento, è il luogo di esercizio della funzione giurisdizionale (67). Il procedimento è il *genus* e il processo la *species*: il processo è il procedimento nel quale si svolge la funzione giurisdizionale.

Sia tra i processualisti che tra gli amministrativisti si è tuttavia affermata anche un'altra concezione che ritiene più significativa la distinzione tra le due figure sotto il profilo *strutturale* (68).

Questo è avvenuto nella dottrina italiana soprattutto ad opera di due studiosi, Elio Fazzalari e Feliciano Benvenuti, che hanno influenzato anche il dibattito nella dottrina brasiliana (69).

Per Fazzalari si ha processo quando si ha un procedimento fondato sul contraddittorio e quindi al percorso di formazione dell'atto partecipano, oltre al suo autore, anche i destinatari degli effetti dell'atto: dove non c'è contraddittorio non c'è processo (70) e reciprocamente c'è dunque processo, secondo l'Autore "quando nell'*iter* di formazione di un atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla fase di ricognizione dei presupposti sul piede di reciproca e simmetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere ma non obliterare" (71).

Per Benvenuti, pure sul presupposto di una comune natura dei due fenomeni, si ha procedimento in senso stretto "quando gli atti che lo compongono, pur

(66) H. Schima, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*, 1953, pp. 757 e ss. Tale legislazione costituiva infatti, come s'è già anticipato, la codificazione di "regole frutto dell'esperienza giurisprudenziale del Tribunale amministrativo di Vienna mediata dalla rielaborazione culturale del Tezner che ne fu a lungo il presidente" (così G. Sala, R. Villata, *Procedimento amministrativo*, cit., p. 580). A proposito di quest'ultimo studioso cfr. F. Tezner, *Handbuch des österreichhischen Administrativverfahrens*, Wien, 1896, richiamato da M. Bellavista, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 49, il quale aggiunge "la notazione sull'appartenenza della teoria del procedimento (e la sua processualizzazione) alla *Kulturstaat* moderna di H. Kelsen, *Algemeine Staatslehre,* Berlino, 1925, nella trad. it. *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. Luther, E. Daly, Milano, 2013, p. 539.

(67) V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, cit., p. 241.

(68) V. Caianiello, *op. loc. ult. cit*.

(69) Cfr. F. Motta, M. Carducci, *L'influenza del diritto amministrativo italiano sulla costruzione delle basi dogmatiche del diritto amministrativo brasiliano*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, 2017, n. 114, pp. 129-160.

(70) E. Fazzalari, *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1986, pp. 819 ss.: Cfr. inoltre Id., *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 e ss.; *Processo (teoria generale),* in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1067 e ss., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 861 e ss.

(71) E. Fazzalari, *Procedimento e processo (Teoria generale)*, cit., p. 869.

provenendo da soggetti diversi, tendono fondamentalmente a realizzare l'*interesse sostanziale* dell'autore dell'atto conclusivo" e quindi determinano effetti nei confronti sia dell'autore che dei destinatari, a differenza di quelli processuali che sono posti nel solo interesse dei destinatari (72); dal punto di vista formale poi, la revocabilità è il tratto proprio del provvedimento risultante dal procedimento amministrativo e l'irrevocabilità quello della sentenza.

4.2 Segue: Tre modelli di rapporto tra procedimento e processo

L'analisi storica ha portato all'individuazione di tre modelli di rapporto tra procedimento amministrativo e processo: quello della *separazione-indifferenza*, quello dell'*alternatività* e quello della *complementarietà-integrazione* (73).

Il primo modello, quello della "separatezza", considera procedimento e processo amministrativo come due mondi diversi, nettamente separati, reciprocamente indifferenti, ciascuno con proprie regole in funzione di specifici scopi. Nello schema della separazione, il processo tutela la libertà riconosciuta al cittadino dalla legge, il procedimento disciplina l'esercizio dei poteri nell'interesse dell'Amministrazione (74). Secondo le parole del Nigro "[i]n netta distinzione dal mondo della tutela giurisdizionale, il mondo del procedimento è il mondo dell'atto, il mondo dell'esercizio della potestà amministrativa mediante l'atto" (75).

Nella diversa concezione della "alternatività" fra procedimento e processo c'è la tendenza a dare al procedimento amministrativo "struttura paragiurisdizionale e funzione giustiziale, a garanzia degli interessi dei cittadini nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo, in alternativa – e, sovente, in concorrenza – alla tutela giurisdizionale" (76). Qui infatti "[p]rocedimento amministrativo e tutela giurisdizionale sono ancora due settori separati, ma il procedimento amministrativo passa dal mondo dell'atto al mondo della giustizia" (77). Questo modello richiede che ci sia un forte procedimento laddove c'è una debole tutela giurisdi-

(72) V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, cit., p. 243 che richiama F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 133.
(73) M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit.; cfr. inoltre Id., *Contraddittorio (dir. amm.),* in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739. L'opzione che qui si opera in favore di questa ricostruzione, che appare come lo schema più efficace e consolidato, non può far pretermettere lo spettro delle molteplici diverse interpretazioni offerte dalla dottrina in ordine a tale rapporto nel segno dell'*interdipendenza*, della *subordinazione*, della *connessione*, della *convergenza*, della *continuità* (cfr. M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestatamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, n. 1, pp. 103 e ss., spec. pp. 108 e ss., con ampi richiami alla bibliografia).
(74) G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, cit., pp. 575-576.
(75) M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., p. 254.
(76) G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, cit., p. 576.
(77) M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., p. 257.

zionale e, viceversa, svaluta la funzione, di tutela, del procedimento in presenza di un'efficiente protezione giurisdizionale dei cittadini (78).

Il terzo modello è quello della "integrazione-complementarietà" tra procedimento e processo ed è stato sviluppato dalla dottrina italiana, soprattutto nell'ultimo ventennio del secolo scorso.

a) Un primo profilo di questa integrazione riguarda l'individuazione degli *interessi* che sono coinvolti nell'azione amministrativa e dei *soggetti* titolari di questi interessi. Attraverso il procedimento – in particolare mediante la partecipazione allo stesso – i titolari degli interessi diventano in qualche modo componenti dell'organizzazione amministrativa e, come parti del procedimento, essi sono identificati anche quali idonee parti del processo giurisdizionale (79), il che può utilmente contribuire inoltre a risolvere la problematica della giustiziabilità degli interessi "diffusi".

   Questi ultimi sono costituiti da quegli interessi che, in quanto comuni a una pluralità indifferenziata di soggetti, si presentano come "adespoti", ossia privi per definizione di un soggetto che possa rivendicarne la titolarità esclusiva, potendo al più avere dei "portatori" (come, ad esempio, le associazioni di tutela ambientale o dei consumatori o degli utenti dei servizi pubblici) e che, proprio in ragione di tale caratteristica, hanno trovato (e in parte tuttora trovano) difficoltà a essere ammessi nel "sacro recinto" del processo, secondo una suggestiva immagine ancora di Mario Nigro (80).

   Con riguardo al processo amministrativo tale traguardo risulta infatti accessibile, nella tradizione italiana, solo ai titolari dei già ricordati "interessi legittimi", intesi come interessi "differenziati" rispetto alla generalità dei cittadini alla stregua di criteri variamente individuati dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza.

   Nel modello dell'integrazione la partecipazione ad uno specifico procedimento può rappresentare uno strumento idoneo a differenziare i suoi protagonisti, proiettandosi così anche sulla loro legittimazione a impugnare il provvedimento finale del procedimento che, pur essendo stato aperto al loro intervento, sia poi risultato comunque lesivo degli stessi (81).

---

(78) M. Nigro, *op. cit.*, p. 258. Oltre agli esempi dell'Austria e degli Stati Uniti, citati dall'Autore, con riguardo alla realtà europea significative appaiono per un verso l'esperienza inglese, caratterizzata da una risalente tradizione di regole (non scritte) di *fair procedure* a fronte di un più ridotto ruolo del giudice (ordinario e non speciale) e, all'opposto, l'esperienza francese che, altrettanto tradizionalmente, pone il fulcro della tutela nel prestigio del giudice amministrativo, il *Conseil d'État*, mentre solo recentemente ha avvertito la necessità di una complessiva codificazione della disciplina procedimentale (cfr. nota 22).

(79) M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., p. 267.

(80) M. Nigro, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 403.

(81) Per approfondimenti sia consentito il rinvio a P. Duret, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996.

b) Un secondo profilo riguarda l'istruttoria, intesa come la definizione degli elementi di diritto e di fatto dell'episodio amministrativo. S'è visto che per Nigro l'atto amministrativo finale è come il bilancio di un'azienda, tuttavia se si vuole conoscere la situazione contabile dell'azienda nella sua completezza bisogna ricorrere alle scritture contabili; ora il procedimento (e la sua fase istruttoria) sono strettamente funzionali alla completezza e profondità della comprensione da parte del giudice. Infatti "solo dal procedimento amministrativo possono scaturire gli elementi necessari al giudice per la verifica dei fatti così come posti a base del provvedimento" e "solo il procedimento amministrativo può rendere noti al giudice i parametri di ragionevolezza, di giustizia e di efficienza concretamente assunti nella vicenda dall'amministrazione […]" (82).
Non è un caso allora che la legge italiana del 1990 dedichi ampia attenzione proprio alla fase istruttoria del procedimento nella quale trovano posto molti degli istituti disciplinati dalla stessa.
Si noti che già una norma della legge del 1889 – che, come s'è visto, ha determinato la nascita del giudice amministrativo – configurava l'istruttoria nel processo come continuazione ed integrazione dell'istruttoria del procedimento: secondo l'art. 16 "*se la Sezione riconosce che l'istruttoria dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti*", può richiedere all'Amministrazione nuovi schiarimenti o documenti oppure ordinare verificazioni (83).

In linea di massima dunque ora il rapporto tra procedimento amministrativo e processo è di autonomia riguardo al processo civile e di interdipendenza/

(82) M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa*, cit., pp. 20-21. La rilevanza della vicenda procedimentale ai fini dell'interpretazione dell'atto amministrativo (e quindi anche del sindacato giurisdizionale) è posta in luce da ultimo anche da D. De Pretis, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024, specie pp. 7-8. Come osserva ancora la medesima studiosa, sintetizzando la posizione del Nigro, "è il procedimento come luogo del dispiegarsi della formazione della volontà dell'amministrazione ciò che soprattutto rende possibile il pieno controllo da parte del giudice amministrativo, che attraverso esso può ripercorrere il processo decisionale, verificare l'effettivo ingresso in esso degli interessi rilevanti, apprezzarne la considerazione, cogliere le reali motivazioni della decisione. Tutti elementi necessari al pieno dispiegarsi della funzione giurisdizionale di controllo del corretto esercizio del potere" (D. De Pretis, *Mario Nigro. Giurista della complessità*, cit., pp. 10-11).
(83) Sulle problematiche dell'istruttoria, viste anche nel prisma del rapporto procedimento/processo, cfr. R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, pp. 195 e ss., specie pp. 230-233 e, più di recente, M. A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. e società*, 2020, n. 2, pp. 195 e ss. (ivi anche riferimento all'istituto del "*remand*" e del c.d. "soccorso istruttorio", procedimentale e processuale – ovvero l'intervento al fine di consentire al privato di colmare talune carenze di tipo informativo o documentale, imputabili al privato stesso – in cui, secondo la studiosa, "l'incessante interrelazione tra procedimento e processo" appare particolarmente evidente e densa di criticità).

integrazione riguardo al processo amministrativo (84), anche perché quest'ultimo si trova inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa come un momento intermedio fra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa (85): il giudice amministrativo deve ripercorrere la strada seguita dall'amministrazione nel procedimento e anche l'amministrazione, nel ripercorrere la fase procedimentale dopo l'annullamento di quella precedente da parte di tale giudice, è condizionata dalle risultanze del processo (86), come meglio si preciserà *infra*, nel §4.4.

Questa "circolarità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo" si verifica, come sottolinea la giurisprudenza, non solo "*in seguito all'emissione della sentenza e per l'effetto conformativo che dalla medesima deriva nella nuova edizione del potere da parte della P.A., ma anche all'esito dell'ordinanza cautelare volta a sollecitare il riesercizio del potere*" (87), come avviene nella tecnica del "*remand*" (88): il giudice, mediante queste ordinanze, dette anche "propulsive", sollecita l'Amministrazione, eventualmente anche nell'ottica di un'integrazione e di una correzione del procedimento amministrativo, a rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto impugnato e a riprenderne l'esame così da giungere a un atto senza i vizi riscontrati dal Giudice amministrativo in sede cautelare (quindi prima della sentenza nel merito

(84) V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, cit., p. 265.
(85) M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento*, cit., p. 474.
(86) V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, cit., p. 265.
(87) Cfr., ad esempio, TAR Campania, Napoli, sez. V, 9 giugno 2021 n. 3909. Con l'espressione "effetto confermativo" ci si riferisce alla circostanza che la sentenza di annullamento, oltre a rimuovere l'atto impugnato e i suoi effetti retroattivamente e a produrre un eventuale effetto ripristinatorio, crea un vincolo in capo all'amministrazione qualora questa emani un nuovo provvedimento in sostituzione di quello annullato; l'ampiezza di tale effetto varia in funzione dei motivi di ricorso dedotti in giudizio e alla base della sentenza di annullamento.
(88) Su tale istituto cfr. A. Travi, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione,* in *Dir. proc. amm.*, 1997, pp. 168 e ss.; R. Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 857 e ss.; M. Andreis, *Tutela cautelare, diniego di provvedimento e remand*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 629 e ss.; S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012, pp. 100 e ss.; L. Iannotta, *Casi ricorrenti di pronunce cautelari che "pregiudicano" il merito*, in *Dal processo al procedimento: ruolo e prospettive della tutela cautelare e del rito camerale nel rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione*, Atti del Convegno di Venezia, 2 dicembre 2019, pubblicato online alla pagina «*www.amministrativistiveneti.it*»; E. Lubrano, *Effettività della tutela giurisdizionale e limiti del potere di riedizione*, Napoli, 2025, specie pp. 92 e ss.; M. Condorelli, *Administrative loops and the "correction" of contested decisions pending judicial review: efficient tools for the final settlement of disputes?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2024, n. 1, pp. 197 e ss., specie pp. 222 e ss., ove si osserva che "*[b]y ordering the administration to reconsider the matter, courts encourage an out-of-court settlement of the dispute through the issuance of a new decision bound to replace the contested one with* ex nunc *effects"*.

della causa) (89). Il Consiglio di Stato italiano ha osservato che tramite queste ordinanze di *remand* "*si realizza una piena integrazione fra processo e procedimento*", imponendosi all'amministrazione di "*riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale*" (90), instaurandosi dunque "*un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione*" (91).

4.3 Profili problematici nell'evoluzione del rapporto tra procedimento e processo: il "preavviso di rigetto", l'illegittimità non invalidante, la motivazione "postuma", la *full jurisdiction* in chiave compensativa

Nel corso del tempo peraltro il quadro dei rapporti procedimento/processo si è fatto più complesso, anche alla luce delle modifiche introdotte nella legge n. 241.

Intanto, da un punto di vista generale, va sottolineato che, come si è già ricordato (*supra*, §3), si è assistito a un'evoluzione concernente il processo amministrativo da "giudizio sull'atto" in direzione di un "giudizio sul rapporto" che si instaura tra l'amministrazione e il cittadino.

Orbene, come ha opportunamente messo in luce autorevole dottrina, a ben vedere la logica del giudizio sul rapporto potrebbe portare a uno "svuotamento del procedimento", posto che, con tutta evidenza, "andando fino in fondo nella direzione del giudizio sul rapporto, si svaluta necessariamente il procedimento amministrativo e l'attività posta in essere prima dell'atto amministrativo che conclude il procedimento" (92).

---

(89) In tema cfr. M. Lisanti, *La natura del* remand*: tra misura cautelare atipica e sentenza sommaria*, in *Nuove autonomie*, 2022, n. 3, pp. 1131 e ss., che specifica come il giudice, in virtù di tale meccanismo, "oltre a sospendere il provvedimento, stimola allo stesso tempo il suo riesame da parte dell'amministrazione, la quale dovrà perciò ripetere la propria attività valutativo – discrezionale con un nuovo vaglio, di norma tenendo conto delle linee guida offerte dal giudice amministrativo, senza tuttavia un obbligo specifico in tal senso". In ordine a una problematica sulla quale ci si soffermerà *infra*, si è peraltro sostenuto di recente che tale strumento possa essere utilizzato in sede processuale anche al di là della fase cautelare, come mezzo istruttorio funzionale all'esigenza di esaurimento di ogni residuo ambito di discrezionalità amministrativa (così da ultimo R. Fusco, *Il sindacato giurisdizionale sulla riedizione del potere amministrativo a seguito del giudicato*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, n. 1, pp. 107-108, con richiamo a S. Vaccari*, Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, pp. 318 e ss.).

(90) Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239.

(91) Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 833.

(92) M. Clarich, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del* potere, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 1, pp. 37-38, ove si chiosa "Se, infatti, l'atto amministrativo è soltanto l'occasione per il giudice di esaminare una controversia, allora cioè che è accaduto nell'ambito del procedimento diventa irrilevante e si scarica tutta l'attività di accertamento sul giudizio amministrativo". Cfr. altresì G. Tropea, *Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, n. 1, p. 336, secondo cui "il cammino intrapreso dall'or-

Quanto alle innovazioni apportate alla L. 241/1990, nel 2005 si è introdotta la previsione dell'obbligo per il responsabile del procedimento o per l'autorità competente di comunicare a chi ha presentato un'istanza per ottenere un provvedimento i motivi che ostano all'accoglimento della domanda prima della formale adozione di un provvedimento negativo, così da consentirgli di replicare entro un breve termine mediante delle osservazioni scritte (93): una soluzione che, si è osservato, valorizzando ulteriormente il contraddittorio procedimentale, con un "supplemento procedimentale" (94), se ben interpretata da amministrazione, privato e giudice, consente una più equilibrata relazione tra procedimento e processo (95).

Una norma che invece ha fatto molto discutere (e che è stata ripresa dalla legge tedesca del 1976) stabilisce: "*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.* […]" (96).

Le due previsioni esprimono una tendenza *antiformalista*, l'opzione per una prevalenza della sostanza sulla forma e la valorizzazione del risultato dell'amministrare.

Tuttavia, ci si è opportunamente domandati se si possa "valutare meritevole di conservazione un atto amministrativo a prescindere dalla sua legalità procedimentale" (97). Il punto è stato oggetto di ampio dibattito nella dottrina italiana,

---

dinamento processuale verso la pienezza della tutela rischia, paradossalmente, di compromettere l'effettività delle regole che presidiano, sul piano del *quomodo*, il legittimo esercizio del potere" e tutto ciò, come si avrà modo di precisare *infra*, "in forza di un discutibile gioco di compensazioni tra procedimento e processo".

(93) Cfr. art. 10bis L. 241/1990, introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15.

(94) Cfr. M. Brocca, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a TAR Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, pubblicato il 25 febbraio 2021 in *giustiziainsieme.it* e l'ampia bibliografia ivi richiamata. L'Autore parla anche di un "contraddittorio sulla decisione", con richiamo a F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della «demarchia» secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 550 e di un contraddittorio "in contestazione" e ipotizza che, attraverso le osservazioni conseguenti al preavviso di diniego, il privato possa anche avanzare proposte modificative dell'istanza, dando luogo così a un contraddittorio "costruttivo", che opportunamente supera l'antitesi "netta del «sì o no», del «tutto o niente», dell'approvazione o del rigetto *tout court*". Nel senso da ultimo indicato cfr. altresì M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, n. 3, pp. 604-605 e giurisprudenza ivi richiamata.

(95) M. Ramajoli, *op. cit.,* pp. 595 e ss.

(96) Cfr. l'art. 21octies, comma 2.

(97) G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, cit., p. 594.

considerando che, secondo Jhering, "[l]a forma è la nemica giurata dell'arbitrio e la sorella gemella della libertà" (98).

Qui il modello del rapporto tra procedimento e processo, s'è detto, parrebbe "tornato quello, da un lato, della separatezza-indifferenza: nel senso che l'ordinamento guarda al risultato della funzione non al modo del suo esercizio. Se il risultato può ritenersi realizzato, il come diviene recessivo" (99). Emerge anche una nuova alternatività tra procedimento e processo: non nel senso, come s'è visto, dello "sviluppo di una forte tutela procedimentale degli interessi a fronte di una più timida garanzia processuale ma, per l'attività vincolata, della sostituzione del processo al procedimento", con il rischio però che il processo divenga, come s'è detto con efficace immagine, la "officina di riparazione" del procedimento, venendo il contraddittorio nel processo a surrogare la mancanza di contraddittorio nel procedimento (100) e verificandosi "uno «spostamento», o meglio «duplicazione», dell'attività istruttoria propria del procedimento nel processo" fino alla sostanziale rinnovazione del procedimento stesso (101).

Per la verità la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo anche di recente di ribadire che "*è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo*" (102).

Il rischio che il processo si trasformi in "una sorta di procedimento di riesame condotto sotto mentite spoglie processuali" e divenga "un improprio succedaneo del procedimento amministrativo" (103), in virtù di un "sincretismo" tra procedimento e processo (104), si verifica anche se si accetta l'orientamento, per la verità non pacifico nella dottrina e giurisprudenza italiana, favorevole ad ammettere la "motivazione postuma", ossia la possibilità per l'amministrazione di integrare la

(98) Cfr. R. Von Jehring, *Geist del römischen Rechts*, IV ed., Lipsia, 1888, II.2, 45, p. 471 ("*Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit*").
(99) G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, cit., p. 607.
(100) Per questi rilievi cfr. nuovamente G. Sala, *op. cit.*, pp. 607-608.
(101) M. Gennai, *La legittimazione all'impugnativa dell'atto collegiale nella nuova dialettica fra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm*, n. 3/2021, p. 565, ove si osserva che "[i]n disparte ogni considerazione sulle difficoltà di compiere una tale operazione ipotetica nel caso di provvedimenti discrezionali quando la partecipazione del privato è mancata, rileva il fatto che viene demandata alla sede processuale una vera e propria riproduzione (virtuale?) delle fasi dell'istruttoria e della formazione della decisione interessate dal vizio riscontrato, che si traduce, in caso di vizio originario (come la mancata comunicazione di cui all'art. 7, L. 241/1990) nella sostanziale rinnovazione del procedimento stesso".
(102) Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, punto 11.9.
(103) M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento*, cit., pp. 473-474.
(104) G. Tropea, *Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione*, cit., p. 335.

motivazione dei provvedimenti (o addirittura di renderla nota per la prima volta) nel corso del giudizio (105).

Questa impostazione, secondo la quale "il processo diviene una sorta di camera di compensazione delle violazioni procedimentali", in forza di un "gioco di compensazioni tra procedimento e processo", si verifica anche seguendo le posizioni espresse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel contenzioso relativo alla legittimità delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti: la Corte da un lato afferma che il procedimento sanzionatorio condotto dall'Autorità ha un carattere sostanzialmente penale, dall'altro sostiene la possibilità di compensare adeguatamente le eventuali carenze di imparzialità riscontrabili nel procedimento amministrativo per mezzo di una fase giurisdizionale che sia contrassegnata dal pieno rispetto delle garanzie del giusto processo (la c.d. *full jurisdiction*)(106).

Questa impostazione, la quale valuta unitariamente procedimento e processo amministrativo, viene talora ricondotta – e giustificata – in base a un "modello che si è definito della «continuità» tra procedimento e processo" (107).

---

(105) G. Tropea, *op. loc. cit.*, ove si osserva come "le tesi orientate alla dequotazione della motivazione stiano recentemente traendo linfa dall'idea della sostanziale «indifferenza» dei confini tra procedimento e processo", e come alla giustificazione dell'assenza o carenza della motivazione sia sottesa una "petizione di principio", ossia "l'idea della necessaria alternatività tra pienezza della tutela delle situazioni di spettanza (intese come situazioni che si appuntano sul c.d. bene finale) e tutela delle situazioni procedimentali" (p. 336).

(106) G. Tropea, *op. cit.*, pp. 334-335; l'Autore, che descrive dunque una parabola "dalla processualizzazione del procedimento alla procedimentalizzazione del processo", osserva peraltro criticamente che la sede processuale diviene allora "l'unico contesto in cui il cittadino possa effettivamente pretendere il rispetto delle garanzie procedimentali, che tali in definitiva non sono (più), giacché il loro rilievo finisce per manifestarsi a procedimento ormai concluso" (ivi, p. 335). Tale *full jurisdiction*, secondo le formule della Corte EDU, si traduce nella "capacità di riesaminare compiutamente, «*point by point*», in fatto e in diritto, la decisione assunta nel corso del procedimento amministrativo" da parte di un soggetto in posizione di indipendenza, come sottolinea M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., p. 30. In effetti la *full jurisdiction* è stata definita una "compensazione *ex post* dei limiti del procedimento amministrativo […]", che tuttavia richiede "una piena capacità del giudice di riesercitare il potere, entrando nel merito della scelta amministrativa" (così F. Goisis, *Full Jurisdiction nella giustizia amministrativa: parità tra cittadino e autorità pubblica nella controversia amministrativa e realizzazione del diritto alla non discriminazione*, Milano, 2017, pp. 10-11, richiamato da G. Botto, *Decisone algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 2024, n. 17, p. 18 e da V. Galliano, *La decisione algoritmica tra tecnica e merito amministrativo*, in *Il nuovo merito amministrativo*, a cura di S. Foà, Torino, 2025, pp. 246). Esprime perplessità in ordine alla tesi secondo cui le garanzie del giusto procedimento non soddisfatte nella fase procedimentale sarebbero compensabili nella fase processuale, "la quale diviene il luogo di correzione, in via successiva e su ricorso della parte interessata, dei deficit di tutela verificati in sede procedimentale", determinandosi così degli "indebiti alleggerimenti della legalità procedimentale", M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2022, n. 1, pp. 31-32.

(107) M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., p. 31, la quale peraltro riconosce che tale visione "quando applicata in concreto, non è priva di profili di incertezza" (ivi, p. 44). A favore di tale tesi M. Bellavista, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 72, se-

Qui però – a conferma della constatazione che il rapporto di cui qui ci si occupa si presenta come complesso/contraddittorio – più che una "integrazione tra procedimento e processo", è il processo che diviene un improprio "sostituto" del procedimento amministrativo.

Mi sembra però che anche nella giurisprudenza brasiliana non manchi la posizione favorevole a una "convalida giudiziale degli errori *processuali* della sfera amministrativa (extragiudiziale), accontentandosi della tesi secondo la quale gli interessati o le autorità pubbliche possono sopperire ad essi qualora vi sia l'opportunità di agire o di difendersi giudizialmente" (108).

4.4 Segue: Giudicato amministrativo, giudizio di ottemperanza e riedizione del potere da parte dell'amministrazione

Si è già accennato alla circostanza che il processo amministrativo si inserisce nel flusso dell'attività amministrativa come un momento intermedio fra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa (109).

Ciò suggerisce che il rapporto tra procedimento e processo vada scrutinato non solo nella direttrice che va dal primo al secondo, ma anche in quella reciproca e dunque in una relazione biunivoca.

---

condo cui "[l]'effettività della tutela nel procedimento amministrativo dipende, in tutto e per tutto, da quella nel processo amministrativo; per tale motivo, si può sostenere che oggi la *full jurisdiction* è non solo logicamente necessaria, ma è praticamente contingente". Critico viceversa G. Tropea, *Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione*, cit., p. 336, il quale sostiene che la "dilagante retorica antiformalista" troverebbe "nelle suggestioni ispirate alla continuità tra procedimento e processo un inedito fattore di radicalizzazione".

(108) R. Perlingeiro, *II due process previo alle decisioni amministrative e la tutela giurisdizionale effettiva nel Brasile*, in *P.A. Persona e Amministrazione,* 2017, n. 1, p. 494 (testo originariamente pubblicato in portoghese nella *Revista de Processo. San Paolo: Revista dos Tribunais*, 2015, n. 239, pp. 293-331), che richiama Tribunal Regional Federal da 2ª Regiâo, AC2003.51.03.002508-3 (sentenza del 16 dicembre 2008) secondo cui: "*Nâo obstante a sentença e, agora, a r. decisão agravada tenhan reconhecidoa ocorrência de irregularidade no ato administrativo que desdobrou a pensão em favor da companheira, no que toca à falta da notificação da viúva, tal irregularidade restou totalmente superada ao passar pelo crivo do Poder Judiciário, inexixtindo óbice, portanto, para à convalidação do referido ato*".

(109) Secondo le parole di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 312, "[i]l processo amministrativo […] si fa per stabilire la regola del comportamento dell'amministrazione, che è, insieme, canone di valutazione del comportamento passato e precetto per l'azione futura". In termini cfr. M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 1, che individua nella fase successiva all'emanazione della sentenza di accoglimento il "punto di incontro (e di possibile collisione) tra potere del giudice […] e potere dell'amministrazione", come ricorda da ultimo L. Galli, *I poteri del giudice dell'ottemperanza tra esecuzione delle sentenze ed effettività della tutela. Spunti dalla recente giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, n. 2, p. 369. Cfr. inoltre A. di Cagno, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. It.,* 2020, p. 733, secondo cui "il processo amministrativo più che un punto di arrivo nella soddisfazione della pretesa del singolo, è l'inizio o, se si preferisce, una parentesi che anticipa l'esercizio di una funzione amministrativa che, dopo la pronuncia giudiziale, riprende il proprio corso, sia pur entro il sentiero tracciato dal giudice amministrativo".

Ciò dà luogo ad alcune questioni da tempo dibattute, quali quella concernente il rapporto tra giudicato e riedizione del potere da parte dell'amministrazione (110) (e all'estensione dei poteri del giudice dell'ottemperanza), anche alla luce di alcune recenti e significative modifiche apportate al già richiamato art. 10bis della L. 241/1990.

La problematica consiste nell'individuare "un equo contemperamento tra le opposte esigenze che il procedimento e il processo portano con sé" (111), ossia l'inesauribilità/inconsumabilità del potere da un lato, le esigenze di effettività della tutela dall'altro.

In sintesi, e per usare le parole del Consiglio di Stato, si tratta di evitare quella condizione patologica del rapporto tra procedimento e processo che consiste in una "*fatigante alternanza*" tra i due piani (cosa ben diversa dunque da quell'*alternatività* di cui si è dato conto *supra*), "*senza che sia possibile addivenire a una definizione positiva del conflitto*" (112), ovvero il rischio che l' "*amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale*" e dunque "*la reiterazione di decisioni negative a cascata sulla base di ragioni ostative che potevano essere opposte sin dal primo riesame*" (113), negando nuovamente – in base a quella che è stata definita una pronuncia "a rate" della P.A. (114) – il bene della vita oggetto dell'interesse pretensivo del privato sulla base di valutazioni che l'amministrazione già avrebbe dovuto effettuare nel corso del procedimento originario (115).

Le soluzioni avanzate dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza per superare l'antinomia dianzi ricordata e le aporie segnalate appaiono prevalentemente incentrate "sulla valorizzazione di un istituto tipicamente processuale quale il giudicato e la nozione di oggetto del giudizio" (116), anche se si riconosce la necessità di "spostare progressivamente il centro dell'attenzione dal piano del processo al piano dei rapporti sostanziali, prendendo in considerazione la disamina

(110) Va tuttavia precisato che, secondo una recente dottrina, ove l'attività amministrativa esercizio di potere "intervenga nell'area interessata dalla cosa giudicata essa sarà puramente vincolata […] – ovvero estranea al perimetro del giudicato – sicché è certamente sbagliato parlare di riedizione del potere a fronte del giudicato" (così L. R. Perfetti, *Processo e potere nel prisma del giudicato amministrativo: l'asimmetria ribaltata: Rileggendo la voce «Giudicato Amministrativo» di Feliciano Benvenuti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 1, p. 198).

(111) M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto*, cit., p. 598.

(112) Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

(113) Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480.

(114) A. Zito, *Consumazione del potere e discrezionalità*, in *Annuario AIPDA*, Napoli, 2022, p. 68, richiamato da F. De Leonardis, *Il preavviso di provvedimento negativo: la dimensione dell'urgenza tra profili sostanziali e profili processuali*, in *Dir. amm.*, 2024, n. 2, p. 498.

(115) M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto*, cit., p. 597.

(116) A. di Cagno, *Giudicato e riedizione del potere*, cit., p. 736.

del potere amministrativo" (117), nonché di creare "un più stretto collegamento tra procedimento e processo" – ciò che rileva in questa sede – "al fine di portare la vicenda sostanziale e procedimentale all'interno del processo" (118).

Tra i meccanismi pretori più risalenti vi sono il ricorso al c.d. "*one shot* temperato", o "*second best*" (119) o "doppia *chance*" (120) e la teoria del "giudicato a formazione progressiva" (121), mentre più recentemente si è avanzata la tesi della c.d. "riduzione progressiva della discrezionalità" della P.A. in conseguenza di una "*insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio*" (122), che si consumerebbe nella conclusione del terzo consecutivo giudicato di annullamento, dando luogo così a una "terza *chance*" (123).

In questo contesto irrompono le recenti modifiche dell'art. 10bis della legge n. 241, le quali assumono a ben vedere una portata sistematica generale che trascende le dinamiche dell'istituto del "preavviso di rigetto" (124).

In seguito all'art. 12 del D.L. 16 luglio 2020, convertito con modificazioni dalla L. 120/2020, non solo il "preavviso di rigetto" – come viene appunto comunemente definita la "*comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*" – "cristallizza" l'apparato delle ragioni ritenute ostative con riguardo al procedimento in corso, dal momento che il provvedimento finale dovrà necessariamente reggersi soltanto sulle ragioni già esternate in tale comunicazione (125), "in una

(117) M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 190-191.

(118) F. Patroni Griffi, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010, richiamato anche da A. di Cagno, *Giudicato e riedizione del potere*, cit., p. 737.

(119) In argomento cfr. G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi,* in *Dir. proc. amm.*, 2017, n. 4, pp. 1259-1260.

(120) Secondo tale tesi dopo un giudicato di annullamento, dal quale derivi per l'Amministrazione soccombente il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo – e dunque in sede di eventuale prima riedizione del potere – la stessa è obbligata a "*riesaminare l'affare nella sua interezza*", sollevando "*tutte le questioni che ritenga rilevanti*", non potendo dopo di ciò tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati" (salve le sopravvenienze), cosicché appunto l'amministrazione dispone di una "doppia *chance*", "consumando la sua discrezionalità nella riedizione del potere successiva al primo giudicato di annullamento" (A. di Cagno, *Giudicato e riedizione del potere*, cit., p. 739). Cfr. inoltre R. Fusco, *Il sindacato giurisdizionale*, cit., p. 94, il quale ricorda che questa teoria si era affermata già ben anteriormente al codice del processo amministrativo.

(121) In virtù di questa teoria, risalente all'elaborazione di Mario Nigro, "le regole individuate in sede di cognizione, aventi carattere «implicito», «elastico», «condizionato» e «incompleto», sono integrabili nel giudizio di ottemperanza, con la conseguenza che il giudicato sostanziale si forma a tappe, consolidando via via la posizione del ricorrente vittorioso" (M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto*, cit., p. 600).

(122) Cons. Stato, sez. VI, 1321/2019, cit.

(123) A. di Cagno, *Giudicato e riedizione del potere*, cit., p. 745, in nota.

(124) Si è anche sostenuto che, benché collocata nel procedimento, la norma "andrebbe oggi addirittura ritenuta più rilevante in ambito processuale che in quello sostanziale" (F. De Leonardis, *Il preavviso di provvedimento negativo*, cit., p. 501).

(125) In base al secondo inciso dell'art. 10bis "*[q]ualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono*

sorta di auto-vincolo e di limitazione dello *jus variandi*" (126), ma questa "sorta di preclusione procedimentale" (127) si proietta ora anche sul successivo riesercizio del potere da parte dell'amministrazione, posto che "*[i]n caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*" (terzo inciso dell'art. 10bis) (128).

Molteplici sono i dubbi interpretativi che questa novella ha determinato, ma, per quanto rileva in questa sede, non v'è dubbio che essa si collochi pienamente e in maniera innovativa nella dialettica tra procedimento e processo, costituendo "un apprezzabile passo avanti per delineare con maggior precisione una corretta relazione" tra i due ambiti (129), anche se, introducendo uno "*one shot*" secco o puro o assoluto (130), secondo una lettura critica l'art. 10bis "amputerebbe gli arti all'amministrazione in sede di rinnovazione del potere" (131).

---

tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni".

(126) M. Brocca, *Il preavviso di diniego*, cit.

(127) M. Clarich, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo*, cit., p. 33. In tema cfr. altresì di recente S. Bocchini, *Preavviso di rigetto, effetto preclusivo e giudicato di annullamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, n. 1, pp. 149 e ss.; A. Carbone, *Considerazioni su preavviso di rigetto e preclusioni*, ivi, 2024, n. 2, pp. 433 e ss.

(128) Secondo la Relazione illustrativa di accompagnamento al D.L. 76/2020 "*[l]a disposizione* […] *è finalizzata a evitare che l'annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato a seguito della predetta comunicazione dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative, parcellizzando anche il processo amministrativo; in sostanza si vuole cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale evitando che la parte sia costretta a proporre tanti ricorsi quante sono le ragioni del diniego, perché non comunicate tutte nel medesimo atto*".

(129) M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto*, cit., p. 597.

(130) Nel senso che la preclusione procedimentale introdotta dalla norma nella versione più recente opererebbe "sin dalla prima spendita di potere amministrativo" (così M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 606). Secondo questa impostazione pertanto, avendo l'amministrazione l'obbligo di illustrare tutte le ragioni che ostano all'accoglimento dell'istanza, disporrebbe (a differenza del c.d. *one shot* temperato) di «una sola chance», "in quanto sarebbe obbligata a un esame globale della vicenda sottesa del singolo, esternando già nella fase procedimentale tutti i motivi, le questioni rilevanti, una volta per tutte […] esaurendo tutti gli spazi di discrezionalità ad essa riservati, attraverso un contraddittorio e un'istruttoria procedimentali definitivi e del tutto autosufficienti" (A. di Cagno, *Giudicato e riedizione del potere*, cit., p. 737). La tesi del *one shot* puro è sostenuta in dottrina da P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento (artt. 7, 8, 10bis L. 241/1990 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2020, p. 304; G.A. Primerano, *Esecuzione del giudicato amministrativo e prescrizione dell'azione di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, n. 1, p. 170. Per l'affermazione che vede nell'orientamento giurisprudenziale secondo cui all'amministrazione dovrebbero essere sempre consentite due *chances* "un tributo alla residua forza dei dogmi della specialità amministrativa, in particolare alla pretesa inesauribilità del potere amministrativo" cfr. N. Longobardi, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *GiustAmm.it*, 2018, n. 7, p. 22.

(131) C. Fragomeni, *Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministra*tivo, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2023, p. 233.

Con riguardo specifico al giudizio di ottemperanza può presentare interesse in questa sede una recente vicenda di cui dà conto la dottrina (132): una sentenza del Consiglio di Stato (133), muovendosi sempre nell'ottica del "giudicato a formazione progressiva", si focalizza – sia pure negli *obiter dicta* – sulla richiesta di documentazione integrativa formulata dall'amministrazione in sede di ottemperanza all'annullamento di un diniego di condono edilizio, evenienza nella quale viene ravvisata "una condotta incompatibile (e meramente dilatoria) con gli obblighi conformativi scaturenti dall'annullamento medesimo".

Ora, quale che sia la valutazione che si voglia riservare a tale soluzione (134), resta che il giudice, sostituendosi all'amministrazione nella valutazione delle esigenze istruttorie del procedimento e andando a circoscrivere le azioni istruttorie spettanti all'amministrazione, va a ingerirsi "sul modo d'essere del procedimento", sostenendone "una comprimibilità dei tempi", e atteggiandosi pertanto come "signore del tempo" di quest'ultimo, così da ritenere "avviato (*rectius* tacitamente concluso in senso positivo) un procedimento che l'amministrazione considera invece ancora da iniziare": un orientamento che, si afferma, andrebbe a promuovere "una rilettura del giudizio amministrativo in chiave «redistributiva», «come luogo in cui allocare correttamente i beni della vita» a fronte di una sistematica sfiducia […] verso la capacità dell'amministrazione di svolgere le proprie funzioni" (135).

4.5 Procedimento e processo nel contesto dell' "erompere" delle Autorità amministrative indipendenti

Altro tutto sommato recente ambito in cui si dispiega il rapporto tra procedimento e processo, riproponendo le perplessità dianzi ricordate, riguarda il progressivo "erompere" (136) sulla scena dell'amministrazione delle Autorità amministrative indipendenti, come ad esempio la Banca D'Italia, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – Antitrust – (corrispondente al *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – *CADE* – brasiliano), il Garante delle comunicazioni (*ANATEL* in Brasile) o il Garante per la protezione dei dati personali, etc. (137).

Da una parte la presenza di procedimenti "quasi" o "para" giurisdizionali" in capo alle medesime Autorità, sfocianti in atti talora «non immediatamente di-

(132) L. Galli, *I poteri del giudice dell'ottemperanza*, cit., pp. 367 e ss.
(133) Cons. Stato, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072.
(134) Decisamente contraria quella dell'Autore citato precedentemente, che vi ravvisa un "eccesso di potere giurisdizionale" (L. Galli, *op. cit.*, p. 381).
(135) L. Galli, *op. cit.*, rispettivamente pp. 381-382, pp. 374-376 e p. 384.
(136) Così secondo la fortunata espressione - largamente ripresa nella letteratura successiva – di A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.
(137) In argomento cfr. V. Domenichelli, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2020, n. 1, pp. 55 e ss.

stinguibili da quelli adottati dal giudice ordinario» (138), le pone in posizione di *concorrenza* rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale, tendenzialmente confinandone l'ambito di intervento, tanto più ove si individui una delle ragioni fondanti del nuovo modello proprio in un «diffuso clima di *fuga dalla giurisdizione*» (139).

Per contro alcune recenti (e discusse) normative sembrano stabilire un rinnovato e peculiare rapporto con la giurisdizione: si tratta delle simmetriche previsioni di un "anomalo parere diffida" (140), rispettivamente dell'Autorità Antitrust e dell'ANAC (Autorità nazionale anti corruzione), la cui mancata conformazione da parte della pubblica amministrazione apre le porte all'attribuzione all'autorità di una legittimazione a ricorrere davanti al giudice amministrativo, nel primo caso "*contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*" (art. 21bis della L. 10 ottobre 1990, n. 287) (141), nel secondo "*per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*" (art. 220 del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, "Codice dei contratti pubblici").

Più limitata la legittimazione riconosciuta all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), che può ricorrere al giudice amministrativo per richiedere l'annullamento di atti adottati dai Comuni che siano espressione di adeguamento dei livelli di prestazione del servizio taxi (art. 37 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in L. 22 dicembre 2011, n. 214).

Qui le autorità dismettono i panni tradizionalmente indossati di parte resistente nel processo per avvalersi, mediante questa legittimazione *ex lege*, del supporto dello strumento processuale a garanzia degli interessi affidati alle loro cure (142),

(138) M. Ramajoli, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, Atti del Convegno Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e tutela giurisdizionale amministrativa, Milano, 14-15 febbraio 2019, in *giustizia-amministrativa.it*, p. 7.

(139) Cfr. G. Contessa, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, pubblicato il 24 luglio 2018 in *giustizia-amministrativa.it*, p. 24. Osserva M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.,* n. 2/2015, p. 492, che la regolazione «mal si concilia anche con il sistema di giustizia così come tradizionalmente concepito. Di qui, quasi in un rapporto di causa ed effetto, la perdita del monopolio della giurisdizione da parte del giudice, stante la scelta legislativa di demandare a soggetti dotati di alte competenze specialistiche […] anche del potere di decidere controversie strettamente tecniche che possono insorgere nello specifico settore di loro dominio».

(140) M. Ramajoli, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti*, cit., p. 7.

(141) Cfr. M. Clarich, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21bis della L. 287/90*, in *Conc. Merc.*, 2013, pp. 865 e ss.

(142) Così, riguardo ad es. alla legittimazione dell'AGCM, si è osservato che essa sorgerebbe «dall'esigenza di superare in qualche modo la prassi poco soddisfacente relativa ai poteri di segna-

dando così vita a un processo tra amministrazioni – vicenda non sconosciuta anche ad altri ordinamenti (143) – che tuttavia sembrerebbe nuovamente mutare il ruolo del processo, chiamato a svolgere una composizione degli interessi pubblici in gioco, divenendo nuovamente un succedaneo del procedimento (144).

Per contro si può ricordare l'introduzione nella disciplina del procedimento, in seguito alla normativa anti-corruzione italiana, di modelli processuali, come la "decisione semplificata" con una motivazione sintetica, qualora le amministrazioni ravvisino «*la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda*» (145) – che importa quasi testualmente una disposizione del codice del processo amministrativo sulla "sentenza semplificata" – o la regola dell'astensione obbligatoria del funzionario procedente (146), di nuovo secondo un modello analogo a quello previsto per il giudicante (147).

Anche l'istituto del "soccorso istruttorio", in virtù del quale il responsabile del procedimento "*può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni*

---

lazione e consultivi attribuiti all'Autorità […] che in molti casi restano senza seguito da parte delle amministrazioni destinatarie» (M. Clarich, *I poteri di impugnativa*, cit, p. 866). Cfr., inoltre, M. Ramajoli, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, ivi, 2018, pp. 86.

(143) Cfr. L. Belviso, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2019, p. 253, che, riguardo all'esperienza francese, richiama S. Deliancourt, *Lè règlament du contentiuex entre personnes publiques, in Droit Administratif*, 2017, n. 8-9, p. 69.

(144) Per questo rilievi cfr. ancora L. Belviso, *La legittimazione*, cit., p. 254, ove si osserva che "[i] l luogo di cura in concreto degli interessi in gioco si trasla, cioè, dalla sede amministrativa a quella giurisdizionale, e cioè dal procedimento al processo", mentre quest'ultimo viene a rappresentare "il luogo privilegiato di composizione non solo dei conflitti ma anche degli interessi in gioco" (così M. Ramajoli, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, p. 93.) e "una sorta di rimedio al fallimento del procedimento o del coordinamento amministrativo, quale ideale ambito di composizione del conflitto" (così M. Macchia, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Macchia, Napoli, p. 31).

(145) Cfr. art. 2, comma 1, sec. inc., L. 241/1990.

(146) Cfr. art. 6bis L. 241/1990: "*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*".

(147) L. R. Perfetti, *Sulla distinzione tra procedimento e processo. Diritto brasiliano e tradizione giuridica italiana alla luce della riforma del procedimento amministrativo introdotta dalla legislazione anti-corruzione*, in *Nuove Autonomie*, 2014, n. 3, pp. 501-502. In argomento cfr. M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione*, cit., 2010, n. 1, pp. 104, il quale, a proposito della "riproposizione, intensa in questi anni, dell'idea-chiave secondo cui il procedimento amministrativo manifesta una naturale attrazione verso il modello controversiale del processo" precisa come ciò vada inteso "non già nel senso di ingenui «trapianti integrali» di blocchi di regole dal processo al procedimento, bensì in una diversa dimensione più autenticamente euristica, in cui il processo assurge a pietra di paragone per poter leggere in chiave diversa la struttura e dinamica del procedimento […]".

o istanze erronee o incomplete" (148) è stato di recente letto proprio partendo dalla struttura processuale del procedimento (149) e, nella sua duplice configurazione, come soccorso istruttorio procedimentale e processuale, come espressione di una "'incessante interrelazione tra procedimento e processo" (150).

4.6 Procedimento e processo nei processi decisionali automatizzati

In conclusione vorrei accennare al rapporto procedimento/processo in relazione a una recente problematica che sta fortemente investendo anche il mondo dell'amministrazione e ponendo nuovi interrogativi: i processi decisionali automatizzati, o l'*Automated decision-making* (*ADM*).

Il crescente ricorso a procedure automatizzate, affidate cioè ad algoritmi, a *software* predisposti da società informatiche, specie per procedimenti di natura seriale, ha determinato un ampio dibattito in Italia, dal momento che il ricorso al "funzionario-robot" – eventualmente assoggettato poi al sindacato di uno speculare "giudice-robot" – rischia di svuotare molte delle garanzie che sono previste nell'ordinario procedimento davanti al funzionario umano (si pensi, ad esempio, all'obbligo di conclusione del procedimento mediante un provvedimento espresso e in termini definiti, alla motivazione, al ruolo del responsabile del procedimento, alla partecipazione, al diritto di accesso, ma anche all'imputabilità della decisione e della conseguente responsabilità, etc.) (151).

In assenza di norme specifiche nell'esperienza italiana è stato il Consiglio di Stato – sulla scorta di previsioni contenute nel Regolamento (UE) 2016/679 (Regolamento generale sulla protezione dei dati - GDPR), in verità primariamente riferite al trattamento dei dati personali, piuttosto che ai procedimenti decisionali algoritmici – ad aver fissato, mediante quella che è stata definita una "sentenza

(148) Cfr. art. 6, lett. *b)* L. 241/1990, ma anche l'art. 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023).

(149) A. Carbone, *Soccorso istruttorio e procedimento amministrativo. Riflessioni di sistema*, in *Dir. amm.*, 2025, n. 1, pp. 207 e ss.

(150) M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, già citata nella nota 83.

(151) Cfr. in argomento G. M. Esposito, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, n. 1, pp. 39 e ss.; D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, pp. 501 e ss.; G. Pasceri, *Le incertezze dell'istruttoria nella decisione amministrativa algoritmica*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2023, pp. 115 e ss.; D. Diaco, *La forma come garanzia di sostanza "umana": l'impatto dell'automazione procedimentale sull'art. 21octies, comma 2, della L. 241/1990,* in *Il diritto dell'economia*, 2024, n. 1, pp. 223 e ss.; G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole,* Bologna, 2024; S. B. Grenci, *Le applicazioni di Intelligenza artificiale a supporto dell'automazione del procedimento amministrativo*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, n. 1, pp. 217 e ss.

decalogo" (152), alcune condizioni minimali da rispettare per integrare la c.d. "legalità algoritmica" (153), tra le quali:

a) sul piano amministrativo, una "*declinazione rafforzata*" della trasparenza (154) nonché il rispetto dei principi di "*non esclusività*" della decisione algoritmica (155) e di "*non discriminazione*" algoritmica (156);
b) sul piano giurisdizionale la necessità che la regola algoritmica sia soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo.

A mio avviso, tuttavia entrambi questi aspetti paiono piuttosto problematici non tanto a fronte degli algoritmi c.d. *model based* – funzionanti cioè secondo istruzioni ben definite e dunque "deterministici" (157) – ma di sistemi c.d. di

(152) Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.
(153) E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo,* in *Dir. amm.*, 2020, n. 2, pp. 271 e ss.
(154) Sul punto da ultimo cfr. A. Tronci, *Le nuove frontiere della trasparenza nell'amministrazione algoritmica*, in *federalismi.it*, 2025, n. 9, pp. 141 e ss.
(155) Si è parlato in proposito della necessità di garantire una "riserva di umanità" nel contesto di tali decisioni: cfr. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023; *Id.*, *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una "riserva di umanità" tra spunti codicistici di teoria giuridica dell'automazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2023, n. 1, p. 329. Questo concetto si ritrova a ben vedere da ultimo anche nel Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (la "Legge sull'intelligenza artificiale"). Quest'ultimo nell'art. 1 enfatizza "*la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica*" e inoltre disciplina all'art. 14 la "*sorveglianza umana*"(*Human Oversight*) rispetto agli usi dell'IA classificati come ad alto rischio (cfr. comma 1 secondo il quale "*I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso*"). Si tratta, secondo la distinzione proposta da J. Ponce Solé, *Il regolamento dell'Unione europea sull'intelligenza artificiale, la discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2024, p. 849, del c.d. *human in the loop*, "una seconda tecnica normativa, meno drastica" rispetto alla "riserva di umanità", per controllare l'IA; tale concetto viene talora ulteriormente articolato (cfr. la *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 8 April 2019*, COM[2019] 168 *final*, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*) nella "trimurti" *Human-in-the-loop* (*HITL*), *Human-on-the-loop* (*HOTL*) e *Human-in-command* (*HIC*). Sul tema dell'AI cfr. il recentissimo volume collettaneo *IA : Enjeux et responsabilités* (*sous la direction de* G. Rouet), pubblicato il 12 giugno 2025 in *Les Essentiels d'Hermès*, nonché V. Galliano, *La decisione algoritmica tra tecnica e merito amministrativo*, cit.; *Intelligenza artificiale per la pubblica amministrazione, principi e regole del procedimento amministrativo algoritmico*, a cura di E. Bellisario e G. Cassano, Pisa, 2023; B. Marchetti, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici e rule of law*, in *Liber Amicorum per Guido Greco*,a cura di F. G. Scoca, M. P. Chiti, D.U. Galetta, Torino, 2024, pp. 529 e ss.; S. Francario, *AI Act e pubblica amministrazione. La decisione amministrativa automatizzata secondo il Regolamento UE 2024/1689*, pubblicato il 31 ottobre 2024 in *giustiziainsieme*.
(156) Queste garanzie sono state da ultimo recepite nell'art. 30 del più recente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36).
(157) Sono algoritmi programmati affinché, al ricorrere di una certa condizione eseguano un certo comando (*if* […] *then* o *else*); sono anche definiti "deterministici" per evidenziare la loro idoneità a

auto-apprendimento o di *machine learning* e di *deep learning* – il problema della c.d. *black box* (158) – nonché delle nuove frontiere dell'intelligenza artificiale generativa.

Al di là di queste tecnicalità, in ogni caso a fronte del progressivo "erompere" oggi delle procedure automatizzate e dell'IA si impone la necessità di ripensare *funditus* le dinamiche del procedimento e del processo e della loro interrelazione, a conferma della cangiante natura che, come sì è appunto cercato di argomentare, questa costantemente ripropone.

Così, con riguardo alla "rafforzata" trasparenza richiesta nei procedimenti automatizzati, potrebbe richiedersi non la sola conoscibilità dell'algoritmo in tutti gli aspetti, ma la sua comprensibilità, non la "*fishbowl*", ma la "*reasoned transparency*" (159), mentre la comparazione degli interessi che connota i procedimenti caratterizzati dalla discrezionalità potrebbe verosimilmente "essere in parte trasferita alla fase di programmazione degli algoritmi" (160).

Quando poi il giudice afferma che "*il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare*

---

produrre risultati prevedibili al ricorrere di determinare condizioni; applicano regole informatiche inserite nel programma da essere umani o oggi anche da altri programmi informatici e corrispondono sostanzialmente alle decisioni vincolate, o, secondo taluni, anche frutto di discrezionalità tecnica.

(158) Su cui cfr. già F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, 2015; più di recente cfr. G. Lo Sapio, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi*, 2021, n. 16, pp. 114 e ss.; *Id.*, L'Artificial Intelligence Act *e la prova di resistenza per la legalità algoritmica*, in *federalismi.it*, 2024, n. 16, pp. 265 e ss., specie pp. 274 e ss. a proposito di "autonomia dell'IA e mito della sorveglianza umana"; S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 2023, n. 3, pp. 515 e ss. Cfr. inoltre B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2021, n. 2, pp. 367 e ss.; A. Masucci, *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra big data e machine learning. Verso l'algocratic governance?* in *Dir. e proc. amm.*, 2022, n. 2, pp. 265 e ss.

(159) Per tale distinzione cfr. S. Foà, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 533, (con richiamo a C. Coglianese , D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, 2019, n. 1, pp. 1 e ss.) secondo cui la prima (*fishbowl*) consente di percepire dall'esterno quale attività viene svolta dalla P.A. "assimilando appunto l'amministrazione procedente al pesce che si muove e si mostra nella vasca trasparente", mentre la seconda, "si spinge ben oltre perché implica la comprensibilità della logica e del modo di funzionamento dell'algoritmo".

(160) In tal senso da ultimo V. Galliano, *La decisione algoritmica*, cit., p. 230, ove si paventa altresì il rischio di un "[p]ossibile trasferimento implicito del potere decisionale ai fornitori di *software* e alla scelta, da essi pre-impostata e così acquisita dall'ente pubblico, sulle direttive di conduzione del procedimento amministrativo".

del potere" (161), ecco che a ben vedere assistiamo a un'assimilazione tra algoritmo e procedimento (162).

Sul terreno del processo (163) poi la pur apprezzabile giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel momento in cui ritiene di compensare la diminuzione delle garanzie procedimentali mediante un sindacato forte del giudice amministrativo, finisce per riproporre l'approccio già esaminato *supra*, mirante a riequilibrare la compressione delle garanzie procedimentali sul terreno processuale; ancora una volta dunque il processo come "officina di riparazione" di un procedimento che ha, almeno in parte, smarrito i suoi tradizionali presidi garantistici per l'oggettiva difficoltà di adattarli alle dinamiche proprie dell'automazione (164).

In ogni caso si può concludere, con autorevole dottrina, che il sindacato giurisdizionale "vive l'intermediazione del procedimento in modo del tutto nuovo" e che, ricorrendo alla decisione robotica, "l'amministrazione scarica sul giudice il proprio ruolo di «mediazione» degli interessi, di valutazione e talvolta di accertamento del fatto", spostandosi pertanto il rapporto tra amministrazione e giudice

---

(161) Così Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, pt. 10.

(162) Del resto, se intendiamo, in maniera più elementare, l'algoritmo come "procedura che tenta di risolvere un determinato problema applicando un certo numero di passi elementari", allora anche il procedimento è esso stesso – strutturalmente – un algoritmo.

(163) Sul sindacato giurisdizionale dei procedimenti automatizzati cfr. R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, n. 4, pp. 773 e ss.; L. Parona, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?,* vol. 2, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, a cura di A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci, Bologna, 2022, pp. 131 e ss.; da ultimo, G. Botto, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, cit. Quando poi il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, pt. 8) afferma che "*la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione*" e in secondo luogo, che "*il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della «regola» che governa l'algoritmo*", si profila il rischio di un'estensione di tale sindacato sino a un indebito straripamento nell'ambito del merito amministrativo (ivi, p. 8, nonché già F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, Atti del Convegno *Decisione robotica*, Roma, 5 luglio 2018, in *giustizia-amministrativa.it*). Si prescinde in questa sede dall'analisi delle simmetriche problematiche poste dall'affermarsi del "giudice-robot" e della "decisione giudiziale robotizzata".

(164) In effetti il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, n. 8472/2019, cit.) arriva a sostenere che non possa ritenersi "*applicabile in modo indiscriminato* […] *all'attività amministrativa algoritmica, tutta la legge sul procedimento amministrativo*" e che "*[i]l tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedimentali della L. 241/1990 (quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento* […] *o il responsabile del procedimento che, con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione*".

– e dunque, tra procedimento e processo – "a tutto «vantaggio» di quest'ultimo, nella valutazione della correttezza delle relazioni intersoggettive tra cittadino e potere pubblico" (165).

Premessa una prima parte riguardante nozione e aspetti essenziali del procedimento amministrativo nella dottrina e nella legislazione italiana (L. 7 agosto 1990, n. 241), seguita da una breve analisi delle caratteristiche del processo amministrativo in Italia, il saggio si prefigge di illustrare le complesse relazioni intercorrenti tra procedimento e processo e la loro evoluzione anche alla luce degli interventi recenti del legislatore, soffermandosi sulle problematiche più attuali.

After a first part concerning the notion and essential aspects of the administrative procedure in the Italian doctrine and legislation (law 7 August 1990, n. 241), followed by a brief analysis of the characteristics of the judicial review in Italy, the essay aims to illustrate the complex relationships between procedure and process and their evolution also in light of recent interventions by the legislator, focusing on the most current issues.

(165) F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, cit., pp. 4-5.

Luciano Santos Lopes
(Professore a contratto della
Faculdade de Direito Milton Campos)

I reati tributari e l'estinzione della punibilità per pagamento del debito tributario negli ordinamenti giuridici brasiliano e italiano

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Una premessa: il metodo e l'importanza del diritto comparato. - **3.** La criminalizzazione della materia fiscale in Brasile: un'analisi politico-criminale. - **4.** La tipologia dei reati tributari e la correlazione tra il pagamento dell'imposta dovuta e l'estinzione della punibilità in Brasile. - **5.** Una comparazione con la realtà del sistema giuridico italiano: la criminalizzazione della materia fiscale e l'estinzione della punibilità con il pagamento del debito tributario. - **6.** Conclusioni.

1. Introduzione

Le scienze penali contemporanee hanno il compito di comprendere e offrire soluzioni rispetto ad una tipologia di criminalità che sfugge alle categorie classiche della tradizione liberale: la criminalità tributaria. Il diritto penale del XX secolo è stato concepito sulla base di strutture dogmatiche e politico-criminali che non sono più in grado di dialogare efficacemente con le odierne trasformazioni sociali.

Le nuove forme di criminalità, che aggrediscono valori diffusi, alterano di fatto le premesse sociali che richiedono l'intervento punitivo. La tutela penale dei beni giuridici assume nuovi contorni e ricorre a nuove categorie a fronte di una società caratterizzata da pericoli e insidie in settori strategici quali la tecnologia, la bioetica e l'economia.

Questo saggio si propone di analizzare specificamente una parte di questa nuova criminalità consistente nella repressione dei reati fiscali.

Utilizzando il metodo della comparazione, si intende vagliare come le legislazioni italiana e brasiliana si siano organizzate per garantire la tutela dello Stato a fronte della criminalità tributaria.

In particolare, si analizzeranno alcuni dei meccanismi politico-criminali aventi ad oggetto la risoluzione negoziata delle controversie di diritto penale tributario: in particolare, il pagamento dell'imposta come causa di estinzione della punibilità.

2. Una premessa: il metodo e l'importanza del diritto comparato

Nell'analisi delle questioni giuridiche, soprattutto in tempi di crescente e consolidata globalizzazione, si ritiene utile ricorrere ad argomenti comparatistici tramite lo studio dei modelli giuridici stranieri. Liszt (Hungria; Fragoso) analizza tale fenomeno, alla luce del diritto comparato (1): "se tutte queste correnti potessero essere ascritte ad un unico alveo, se tutte queste attività scientifiche potessero essere concentrate, se l'ardore per il lavoro e lo zelo per la scienza che si manifestano in tutti i Paesi potessero essere riuniti per un lavoro comune di emulazione, la nostra scienza penale intraprenderebbe un volo potente, finora sconosciuto. Un tale incontro è possibile. E allora la legislazione comparata deve andare oltre ciò che il suo nome indica, per riunire non solo i codici penali, ma anche la dottrina e la giurisprudenza dei diversi Paesi, e fare di tutto ciò una unità superiore, una scienza comune del diritto penale, che tragga spunto da tutti i diritti particolari, ma si elevi al di sopra di essi".

Come ha spiegato Ancel, l'importanza degli studi comparatistici applicati alle scienze penali è diventata più rilevante a metà del secolo scorso (XX). E questa particolare tendenza si è espressa nelle aree del potere legislativo e della ricerca scientifica di natura giuridico-penale (2). In particolare si deve evidenziare come gli studi comparatistici applicati alle scienze penali si siano evoluti in modo più netto rispetto alla sfera del diritto civile (3).

Sheila Sales, dal canto suo, sempre ribadendo l'importanza degli studi comparati, ha individuato un certo vizio ricorrente nella ricerca accademica che utilizza il metodo del diritto comparato. Questo vizio, secondo l'autrice, consiste nell'importare asetticamente alcune conclusioni interpretative e scientifiche straniere nell'ordinamento giuridico nazionale, senza una riflessione adeguata e approfondita (4).

Sales afferma giustamente che alcune conclusioni non sono applicabili e non trovano "supporto testuale" nel sistema giuridico nazionale (5). Conclude, opportunamente (e consapevolmente (6)), che gli studi comparatistici, per quanto importanti, sono tenuti a rispettare le peculiarità interne di ciascun sistema giuridico.

---

(1) N. Hungria, H.C. Fragoso, *Comentários ao código penal*, vol. 1, V ed., Rio de Janeiro, 1977, p. 358.

(2) M. Ancel, *Reflexiones sobre estudios de derecho penal comparado*, in *Problemas actuales de las ciencias penales e la filosofia del derecho*; en homenage al professor Luiz Jimenez de Asúa. Buenos Aires, 1970, n. 805, p. 609.

(3) M. Ancel, *Reflexiones sobre estudios de derecho penal* , cit., p. 612.

(4) S.J.S. de Sales, *Dos tipos plurissubjetivos*, Belo Horizonte, 1997, pp. 9 e ss.

(5) S.J.S. de Sales, *op. loc. ult. cit.*

(6) Ha svolto studi comparatistici sul diritto penale italiano, in particolare presso l'Università degli Studi di Roma - La Sapienza. Qui ha svolto gli studi di dottorato e post-dottorato e ha lavorato come ricercatrice ospite.

La correlazione delle strutture normative e dottrinali di diversi ordinamenti giuridici deve sì esistere ed essere oggetto di studio, ma sempre nel rispetto delle singole peculiarità interne. Per Fragoso, un altro studioso di diritto comparato che ha studiato i limiti metodologici della comparazione, «copiare semplicemente i modelli legislativi non è diritto comparato» (7). Tuttavia, secondo l'autore, una «comprensione e realizzazione accurata del metodo comparativo nella sua esatta prospettiva costituirà senza dubbio un elemento importante nel quadro della crisi del diritto penale del nostro tempo» (8).

In sintesi, riteniamo che sia importante adottare un approccio comparatistico per esaminare la legislazione, la politica criminale e la dottrina penale, coinvolgendo diversi sistemi giuridici. L'obiettivo dovrebbe essere quello di correlare principi e strutture normative, da un lato comuni e dall'altro divergenti, ai fini di misurarne la loro applicazione interna, sempre nel rispetto delle specificità di ciascun Paese.

È certo che le strutture punitive statali, nella complessa logica sociale contemporanea, tendono a diventare globali e a rapportarsi con i diritti degli altri Stati, innestando relazioni tra i diversi ordinamenti giuridici (si veda, ad esempio, il riciclaggio di denaro).

In tale senso, questa conclusione è particolarmente rilevante quando si analizza una criminalità complessa, come quella fronteggiata dalla disciplina avente ad oggetto la tutela penale delle tasse.

3. La criminalizzazione della materia fiscale in Brasile: un'analisi politico-criminale

Definire strategie di politica criminale in un ambiente sociale complesso è un compito complicato. La contemporaneità e le sue relazioni globali e incerte presentano problemi che non si adattano agli schemi tradizionali di risposta punitiva che trovano fondamento in contesti non pi attuali.

Nella cosiddetta società del rischio, come definita da Beck, si assiste a una transizione dalla "modernizzazione della tradizione" alla "modernizzazione della

(7) H.C. Fragoso, *O direito penal comparado na América Latina*, in *Revista de Direito Penal*, nº 24, 1977-1979, pp. 17-25. La consultazione è stata effettuata il 15 luglio 2025 al seguente sito elettronico: https://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003010618-direito_penal_america_latina.pdf, p. 7. L'autore ha svolto queste considerazioni in una relazione esposta in una conferenza presso il *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Freiburg im Breisgau, outubro/1978).

(8) H.C. Fragoso, *op. loc. ult. cit.* L'opera è stata consultata il 5 luglio 2025 al seguente sito elettronico: https://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003010618-direito_penal_america_latina.pdf, p. 7.

società industriale" (9). L'autore spiega questo passaggio in varie opere: "Questo passaggio non implica (come potrebbe suggerire l'aggettivo 'riflessivo') una riflessione, ma (in primo luogo) un processo di auto-confronto. Il passaggio dal periodo industriale della modernità al periodo del rischio avviene in modo non consapevole, non percepito e compulsivo, come risultato del dinamismo autonomo della modernizzazione, seguendo il flusso degli effetti collaterali latenti. Si può affermare che i caratteri della società del rischio vengano ad emergere, in quanto le certezze della società industriale (il consenso per il progresso o la mancata preoccupazione per i pericoli ecologici) dominano il pensiero e le azioni delle persone e delle istituzioni nella società industriale" (10).

Secondo l'assunto concettuale di Beck, questa società del rischio emerge e si sviluppa come processo automatico di adattamento globale. In questo senso, e in modo «cumulativo e latente, questi processi producono minacce che mettono in discussione e infine distruggono le fondamenta tradizionali della società industriale» (11).

Le conseguenze di questo modello sociale contemporaneo e globalizzato sono molteplici, perché assumono una certa priorità domande sociali stringenti: l'esigenza di una pianificazione dei processi economici; la necessità di fronteggiare rischi esogeni (naturali) ed endogeni (creati dall'uomo) non misurabili; l'incombenza di anticipare le risposte sociali rispetto a fenomeni gravi e complessi al fine di prevenire l'insorgenza dei rischi, l'emergere di un ambiente socialmente ansioso nel quale opera un'attitudine alla prevenzione; l'insicurezza sociale e il panico mediatico; e molte altre conseguenze.

Il sistema della giustizia penale ha compreso questa complessità e ha elaborato risposte compatibili con i con le caratteristiche della suddetta società. In breve, il diritto penale si è adattato alla realtà contemporanea. E, a prescindere dalla correttezza o meno dell'analisi di questa opzione politico-criminale, si può notare che c'è stato uno spostamento sistemico da una tutela penale essenzialmente legata alla sfera individuale (ci sono alcuni scostamenti da questa strategia nel diritto penale tradizionale), ad un approccio che ha caratteristiche diverse ed è legato alla tutela di valori sovraindividuali.

Emerge un adattamento normativo/legislativo e dogmatico che si può evincere proprio dal processo di trasformazione del diritto penale tradizionale verso la tu-

---

(9) U. Beck, *La sociedad de risgo*. Traducción por Jorge Navarro, Daniel Jimenez, Maria Rosa Borrás. Barcelona, 1998, p. 17.

(10) U. Beck, *La reivención de la política: hacia una teoria de la modernización reflexiva*, in U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernización reflexiva; política, tradición y estética en el orden social moderno*. Versión española de Jesús Albores, I ed. 2 reimpresión, Madrid, 2001, p. 19.

(11) U. Beck, *Vivir em la sociedad de riesgo mundial*; living in the world risk society. Traductores: María Ángeles Sabiote Gonzáles y Yago Mellado López, Barcelona, 2007, p. 20.

tela della sovraindividualità. Si possono distinguere quattro momenti distinti: "in primo luogo, si sviluppa la razionalità di una nuova teoria generale; in secondo luogo, viene ad emergere una legalità speciale (es. accoglimento di norme penali in bianco, rottura parziale del principio di tassatività, ammissione di tipologie penali aperte all' integrazione analogica); in terzo luogo, si dà un nuovo profilo alle definizioni strutturali del diritto penale tradizionale (tipicità, illiceità, colpevolezza, concorso di persone, rapporto di causalità, ecc.); in quarto luogo, si ristruttura il sistema sanzionatorio, a causa dell'inefficacia pratica della pena detentiva" (12).

Si viene anche a sviluppare un movimento volto a porre l'accento sull'anticipazione della tutela penale, che molto spesso caratterizza e viene utilizzata per i reati di pericolo astratto. Su questo tema sono state avanzate critiche di natura politico-criminale, talvolta legate alla questione del rispetto del principio fondamentale di offensività dei reati (13).

E anche se non è obiettivo di questo saggio analizzare nel dettaglio la trasformazione dell'attuale tutela penale sovraindividuale, è necessario porre l'accento su alcune rotture normative e di principio che questo movimento culturale e dottrinale sta provocando nel sistema penale.

A questo punto è necessario prestare attenzione al rispetto degli stessi fondamenti di legittimazione del diritto penale, fondamenti che impongono di non fare a meno della funzione esclusiva della tutela dei beni giuridici, secondo la prospettiva funzionalista-teleologica di Roxin (14).

In questo senso, nel diritto penale sovraindividuale l'intervento punitivo dello Stato tende a spostarsi in aree che hanno acquisito particolare rilievo negli ultimi tempi: l'economia, l'ambiente, il consumatore, la fiscalità, ecc.

Si tratta di aree nelle quali entrano in gioco, per l'appunto, valori sociali e collettivi preminenti.

Inoltre, la tutela dei beni giuridici e la tutela delle funzioni statali sono aspetti distinti che a loro volta richiedono approcci legislativi distinti. E, in questo senso, la confusione tra queste funzioni determina un fenomeno ricorrente nella legisla-

(12) L.S. Lopes, *O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico*, in J.C. Fernandes (org.) *Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade,* II, Belo Horizonte, 2013, p. 110.

(13) La questione principale, in questo senso, non è tanto valutare l'incostituzionalità dei reati di pericolo astratto. Si tratta piuttosto di contestare la tendenza all'amministrativizzazione della tutela penale, che si realizza attraverso l'intervento penale in questioni legate al semplice mancato adempimento di funzioni meramente amministrative. In questo caso specifico, è indubbio l'allontanamento in termini costituzionali dalle categorie tradizionali dell'offensività e dalla tutela esclusiva dei beni penali-giuridici.

(14) I "beni giuridici" sarebbero dati o scopi necessari per il libero sviluppo dell'individuo, per la realizzazione dei suoi diritti fondamentali o per il funzionamento di un sistema statale basato su questi scopi". (C. Roxin, *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*, in L. Greco, F. L. Tórtima (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro, 2011, p. 186).

zione brasiliana consistente nella c.d. "amministrativizzazione della tutela penale" (15). Si tratta di un fenomeno evidente anche nella legislazione italiana, come si vedrà di seguito.

È evidente che il ricorso alla tutela penale amministrativizzata vada respinto secondo un'ottica dogmatica tradizionale.

In questo senso, la domanda che va posta è la seguente: quale potrebbe essere il limite della mera tutela della funzione esattoriale dello Stato e cosa oltrepassa i limiti consentiti di questa tutela, diventando di fatto il bene giuridico-penale protetto?

Per quanto difficile sia questa delimitazione, si sostiene comunque che la teoria del bene giuridico possa essere applicata nel quadro del diritto penale sovraindividuale e, a maggior ragione, che vada scissa questa tutela (legittima) dall'altra (quella amministrativizzata che invece è da reputarsi illegittima). Questo approccio interpretativo è importante ai fini della ratio sottesa alla disciplina giuridica in materia di tutela penale delle imposte (16).

4. La tipologia dei reati tributari e la correlazione tra il pagamento dell'imposta dovuta e l'estinzione della punibilità in Brasile

È ora importante analizzare la legislazione penale fiscale brasiliana per dimostrare come l'estinzione della punibilità possa avvenire con il pagamento dell'imposta.

In Brasile i reati contro il sistema fiscale sono contemplati da una legislazione speciale. La L. 8137/1990 definisce i reati di questa natura, in particolare negli articoli da 1 a 3 (17). Esistono anche reati simili a quelli fiscali: i

(15) Si tratta di un'anticipazione della tutela penale che va addirittura oltre i limiti minimi di offensività riscontrabili nei reati di pericolo astratto, intervenendo in situazioni che sono mere infrazioni di doveri amministrativi. Si passa dalla tutela del pericolo alla tutela della precauzione, evitando il cumulo di azioni contrarie all'ordine amministrativo. In conclusione, i confini che separano le finalità del diritto penale da quelle del diritto sanzionatorio amministrativo sono necessariamente legati all'idea di bene giuridico protetto e alla nozione di offensività.

(16) Basta ammettere che questo istituto (bene penale-giuridico) è applicabile al di là della sua concezione personale, totalmente chiusa nelle sue premesse, e che si oppone radicalmente alla difesa penale di valori sovraindividuali non legati alla tutela individuale.

Sulla teoria personale (sull'ancoraggio personalistico) del bene giuridico, si veda Hassemer: «I beni giuridici sono interessi umani che necessitano di tutela penale. Ciò significa, innanzitutto, che la protezione delle istituzioni può arrivare solo fino a dove è riscontrabile una condizione per la possibilità di proteggere le persone umane» (W. Hassemer, *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*, in L. Greco, F.L. Tórtima (org.) *O bem jurídico como* limitação, cit., pp. 15-24 e p. 21).

(17) Art. 1 - È reato contro l'ordinamento tributario sopprimere o ridurre le imposte, o i contributi sociali e ogni altro accessorio, mediante le seguenti condotte: (cfr. L. 10 aprile 2000, n. 9964).

I - omettere informazioni o fare una falsa dichiarazione alle autorità fiscali;

II - frodare le autorità fiscali inserendo informazioni inesatte o omettendo operazioni di qualsiasi tipo in documenti o libri richiesti dalla legge fiscale;

reati contro il sistema di previdenza sociale, contenuti negli artt. 168-A (18) e 337-A (19) del Codice penale brasiliano (CPb. D.L. 2.848/1940), e il reato

---

III - falsificare o alterare uno scontrino, una fattura, un duplicato, una nota di vendita o qualsiasi altro documento relativo a una transazione imponibile;
IV - preparare, distribuire, fornire, emettere o utilizzare un documento quando si sa o si dovrebbe sapere della falsità o inesattezza;
V - negare o omettere di fornire, quando obbligatorio, una fattura o un documento equivalente relativo alla vendita di beni o alla prestazione di servizi effettivamente effettuata, o fornirla in violazione della normativa.
Pena - reclusione da 2 (due) a 5 (cinque) anni e multa.
Art. 2 - È un reato della stessa natura: (vedi L. 10 aprile 2000, n. 9964).
I - dichiarare il falso o omettere una dichiarazione sul reddito, sul patrimonio o sui fatti, o impiegare altre frodi, al fine di evitare totalmente o parzialmente il pagamento di un'imposta;
II - omettere di versare, entro i termini di legge, l'importo dell'imposta o del contributo sociale dedotto o riscosso in qualità di contribuente e che avrebbe dovuto essere versato nelle casse pubbliche;
III - richiedere, pagare o ricevere, per sé o per il contribuente beneficiario, qualsiasi percentuale sulla parte di imposta o contributo deducibile o detraibile a titolo di incentivo fiscale;
IV - non applicare, o applicare in violazione delle norme, gli incentivi fiscali o le rate fiscali rilasciate da un ente o da un organismo di sviluppo;
V - utilizzare o diffondere un programma di elaborazione dati che consenta al soggetto passivo di avere informazioni contabili diverse da quelle fornite per legge all'erario.
Pena - arresto da 6 (sei) mesi a 2 (due) anni e ammenda.
Art. 3 Costituisce reato funzionale all'ordinamento tributario, oltre a quelli previsti dal D.L. 7 dicembre 1940, n. 2848 - Codice Penale (Titolo XI, Capo I):
I - smarrire un libro ufficiale, un fascicolo fiscale o qualsiasi altro documento di cui si abbia la custodia in ragione della propria posizione; occultare o rendere inutilizzabile, in tutto o in parte, un documento che comporti l'indebito o inesatto pagamento di un'imposta o di un contributo sociale;
II - esigere, richiedere o ricevere, per sé o per altri, direttamente o indirettamente, anche quando si è fuori dall'ufficio o prima di iniziare a esercitarlo, ma a causa di esso, un vantaggio indebito; o accettare la promessa di un tale vantaggio, omettere di riscuotere o riscuotere un'imposta o un contributo sociale, o riscuoterli parzialmente. Pena - reclusione da 3 (tre) a 8 (otto) anni e multa.
III - patrocinare direttamente o indirettamente un interesse privato dinanzi alle autorità fiscali, avvalendosi della propria qualità di funzionario pubblico. Pena: reclusione da 1 (uno) a 4 (quattro) anni e multa.
(18) Art. 168-A. Mancata trasmissione al sistema di previdenza sociale dei contributi riscossi dai contribuenti, entro i termini e le forme legali o convenzionali: (inserita dalla L. 9983/2000).
Pena - reclusione da 2 (due) a 5 (cinque) anni e multa (inserita dalla L. 9983/2000).
Par. 1, lett. *o)* - Le stesse pene si applicano a chiunque ometta di: (inserite dalla L. 9983/2000)
I - riscuotere, entro i termini di legge, i contributi previdenziali o altri importi che sono stati detratti dai pagamenti effettuati agli assicurati, a terzi o raccolti dal pubblico (incluso dalla L. 9983/2000)
II - riscuotere i contributi previdenziali che sono stati inclusi nelle spese contabili o nei costi relativi alla vendita di prodotti o alla prestazione di servizi; (incluso dalla L. 9983/2000)
III - pagare una prestazione dovuta a un assicurato, quando le rispettive quote o importi sono già stati rimborsati all'azienda dalla previdenza sociale (incluso dalla L. 9983/2000)
(19) Art. 337 - A. Soppressione o riduzione dei contributi previdenziali e di ogni altro accessorio, mediante i seguenti comportamenti: (inserito dalla L. 9983/2000)
I - omettere dal libro paga dell'azienda o dal documento informativo previsto dalla legislazione previdenziale i dipendenti assicurati, gli imprenditori, i lavoratori indipendenti o autonomi o quelli equiparati che prestano servizi all'azienda; (inserita dalla L. 9983/2000)
II - non registrare mensilmente nella contabilità dell'azienda gli importi dedotti dagli assicurati o quelli dovuti dal datore di lavoro o dal prestatore di servizi; (incluso dalla L. 9983/2000)

di appropriazione indebita, contenuto nell'art. 334 (20) del CPb. Questi tipi di reati, fiscali e assimilati, si dividono in materiali e formali, in base al loro momento di consumazione (secondo le previsioni dell'articolo 14 del CPb) (21). A questo proposito, il precedente vincolante del Supremo Tribunale Federale (STF) (22) n. 24 ha definito in questi termini la questione: «un reato materiale contro l'ordine fiscale, come previsto dall'art. 1, punti da I a IV, della L. 8137/1990, non può essere qualificato prima che l'imposta sia stata definitivamente accertata».

Per quanto riguarda i reati tributari, le fattispecie penali menzionate nel precedente vincolante di cui sopra sono da considerarsi materiali. Le altre, al di fuori di quelle considerate dal precedente, sono da considerarsi invece formali e non richiedono un effetto materiale perché si possano ritenersi consumare.

Per quanto riguarda i reati analoghi sopra menzionati, gli artt. 168-A e 337-A, entrambi del CPb, applicano per analogia la soluzione del precedente vincolante n. 24 del STF. Anche se c'è disaccordo sulla natura specifica dell'art. 168-A (se formale o materiale), c'è, invece, consenso circa l'applicazione dell'interpretazione della sentenza vincolante n. 24 del Tribunale supremo federale. L'art. 334 del Codice Penale è considerato di natura formale e il citato precedente vincolante 24 non si applica invece a questo tipo di reato (23).

III - omettere, in tutto o in parte, i ricavi o gli utili conseguiti, le retribuzioni versate o accreditate e altri fatti che generano contributi sociali.
Pena - reclusione da 2 (due) a 5 (cinque) anni e multa. (inserita dalla L. 9983/2000)
(20) Art. 334 - Ingannare, in tutto o in parte, il pagamento di un dazio o di un'imposta dovuti per l'entrata, l'uscita o il consumo di merci (modificato dalla L. 26 giugno 2014, n. 13008)
Pena - reclusione da 1 (uno) a 4 (quattro) anni. (modificato dalla L. 26 giugno 2014, n. 13008)
(21) «I reati materiali (o di risultato) sono quelli in cui il tipo criminoso descrive una condotta la cui consumazione […] avviene solo con la produzione del risultato in esso previsto. […] I reati formali (a consumazione anticipata) sono quelli la cui consumazione avviene con la realizzazione dell'azione descritta nel tipo, indipendentemente dal risultato, che è, di conseguenza, un mero completamento di un reato perfettamente consumato. […] Infine, nei cosiddetti reati di mera condotta (reati senza risultato), il tipo si riferisce solo a un'azione (positiva o negativa), senza alludere ad alcun risultato, cosicché la consumazione avviene con la pratica dell'azione o dell'omissione ivi prevista». (P. Queiroz, *Corso di diritto penale; parte generale*, 10 ed., Salvador, 2014, p. 210). Non è chiara la distinzione tra reati fromali e reati di mera condotta.
(22) «Meccanismo costituzionale di uniformazione della giurisprudenza del STF, basato su ripetute decisioni in materia costituzionale, con valore vincolante nei confronti degli altri organi della magistratura e dell'amministrazione pubblica diretta e indiretta, a livello federale, statale e municipale» (https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-tecnica-legislativa/TecnicaLegislativa/termo/sumula_vinculante. Consultazione del 14 luglio 2025). L'art. 103-A della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile prevede una disposizione costituzionale per i precedenti vincolanti.
(23) La questione essenziale inerisce all'iscrizione definitiva del credito tributario, come menzionato nella sentenza vincolante 24. Proprio su questo aspetto insorge una controversia: la conclusione del Procedimento Tributario Amministrativo (PTA) costituisce definitivamente il credito tributario (per la sua iscrizione definitiva) e pertanto ha effetto costitutivo oppure tale momento ha una valenza assimilabile ad un momento di omologazione? Nel diritto tributario, alcuni ritengono che

Per i reati fiscali e quelli ad essi assimilabili (ad eccezione dell'art. 334 del CPb (24)), esiste una particolare modalità di estinzione della punibilità consistente nel pagamento integrale dell'imposta.

Una motivazione sottesa a tale previsione è nel senso che la punibilità presuppone l'esistenza di un reato precedente (25). La decisione che ne determina l'estinzione ha natura dichiarativa: accerta l'esistenza del reato e dichiara l'estinzione della punibilità.

---

la costituzione definitiva del credito tributario (tramite il suo rilascio) avvenga già con l'avviso di accertamento, rimanendo sospesa la sua esigibilità e/o liquidità; altri ritengono che solo al termine del PTA si avrà la costituzione definitiva del credito tributario, con il suo rilascio definitivo. Indipendentemente da ciò, e da altre controversie interpretative rilevanti sul momento consumativo dei reati fiscali, è certo che la sentenza vincolante n. 24 (STF) si pone nel dibattito scientifico come autorevole soluzione interpretativa nel senso che l'accertamento debba essere considerato definitivo solo al termine del PTA e che prima di allora non si configura, per l'appunto, un reato materiale contro l'ordine fiscale.

(24) AgRg no AREsp n. 1.259.739/SP, relatore Justice Joel Ilan Paciornik, Quinta Commissione, sentenza del 30 maggio 2019, DJe dell'11 giugno 2019.

(25) Al posto della concezione analitica della tripartizione del reato, predominante nella dottrina brasiliana (condotta tipica, illecita e colposa), viene adottata la teoria della *ratio essendi* del tipo totale di ingiusto. Esistono due varianti della *ratio essendi*: la teoria del tipo di illecito (Mezger e Sauer); e la teoria del tipo totale di illecito (con gli elementi negativi del tipo, inizialmente definiti da Merkel). Per il primo filone della teoria (tipo di illecito), il tipo deve cessare di essere un mero indicatore di illiceità e diventare portatore del significato dell'illecito (la sua ragion d'essere). Nel tipo legale c'è già una valutazione antecedente dell'illegalità, che è al centro del concetto di ingiusto e precede il tipo legale. Il legislatore, nel tipizzare la condotta, inverte l'ordine di pensiero e analizza il bene giuridico da tutelare prima di descrivere la condotta che offende questo valore. Nell'elaborazione del tipo, il divieto è già stato provvisoriamente e preventivamente verificato. Viene mantenuto il concetto tripartito di reato, nonostante le opinioni contrarie. L'illiceità tipica è solo provvisoria e può essere esclusa da una successiva causa di giustificazione del comportamento. Così, e solo per spiegare l'argomento: J.C. de Vargas, *Do tipo penal*, III ed., Rio de Janeiro, 2008, pp. 52 e ss.

Con la tripartizione del reato, e il mantenimento del tipo anche di fronte a una causa di giustificazione, la dottrina di Mezger e Sauer adotta la provvisorietà nell'illiceità tipica e si concentra sul rapporto regola-eccezione. Questa è la critica maggiore a tale aspetto della teoria della *ratio essendi* considerata non applicabile. Non si può concepire l'esistenza di comportamenti consentiti (per esclusione dell'illiceità) e proibiti allo stesso tempo (per il mantenimento della tipicità, che ha carattere di illecito). E, di fronte a questa critica insuperabile, in questo saggio si adotta la seconda versione della teoria della *ratio essendi*: quella per l'appunto del tipo totale di ingiusto.

Tale dottrina valuta preventivamente l'illecito, in relazione al tipo, con gli stessi fondamenti che si trovano nella prima versione della *ratio essendi*. La differenza tra le due correnti sta nella provvisorietà della valutazione dell'illiceità tipica. Nella dottrina del tipo totale si valuta definitivamente l'illiceità. Pertanto, una causa di giustificazione della condotta raggiungerebbe un elemento negativo del tipo, causando l'atipicità della condotta. Si uniscono tipo e illiceità in un'unica categoria dogmatica, ma rispettando l'autonomia concettuale di entrambi. Il tipo contiene una parte positiva e una negativa. Tale dottrina risolverebbe il problema valutativo esistente nei tipi aperti (In questo senso attuale, cfr.: L.S. Lopes, *Injusto penal; a relação entre o tipo e a ilicitude*, II ed., Belo Horizonte, 2017).

L'art. 83 della L. 9430/1996 regola attualmente questa correlazione tra il pagamento dell'imposta, il procedimento giudiziario di accertamento dell'evasione fiscale e l'estinzione della punibilità (26).

L'interpretazione prevalente della norma è la seguente: 1) secondo il comma 2, il pagamento rateale dell'imposta sospende la pretesa punitiva (in pratica, sospende il procedimento) solo se la richiesta è presentata all'autorità fiscale competente prima che la denuncia penale sia pervenuta al magistrato; 2) secondo il comma 4, la punibilità si estingue quando il suddetto pagamento rateale sia effettuato per intero; 3) tuttavia, la suddetta normativa non fa riferimento al pagamento integrale dell'imposta in un'unica soluzione, senza rateizzazione. In questo caso, vista la mancanza di una disposizione di legge espressa applicabile al caso, trova applicazione la legge precedente (L. 11941/2009, all'art. 69 (27)) sulla materia, che autorizza tale pagamento in qualsiasi momento, anche dopo la sentenza definitiva e inappellabile (vista la mancanza di un limite temporale imposto dalla suddetta normativa) (28).

---

(26) Art. 83: La rappresentanza fiscale a fini penali relativa ai reati contro l'ordine fiscale previsti dagli artt. 1 e 2 della L. 27 dicembre 1990, n. 8137, e ai reati contro la Sicurezza Sociale, previsti dagli artt. 168-A e 337-A del D.L. 7 dicembre 1940, n. 2848 (Codice penale) prevede la sua trasmissione alla Procura della Repubblica dopo la decisione amministrativa definitiva sulla corrispondente richiesta fiscale (modificato dalla L. 12350/2010).
Comma unico. Le disposizioni contenute nell'art. 34 della L. 26 dicembre 1995, n. 9249, si applicano ai procedimenti amministrativi, alle indagini e ai procedimenti in corso, finché la denuncia non è pervenuta al giudice.
§1 Nel caso in cui il credito d'imposta sia concesso in forma rateale, la rappresentanza fiscale ai fini penali sarà trasmessa alla Procura della Repubblica solo dopo l'esclusione della persona fisica o giuridica dal piano di rateizzazione (inserita dalla L. 12382/2011).
§2 La pretesa punitiva dello Stato per i reati di cui alla rubrica è sospesa durante il periodo in cui la persona fisica o giuridica legata all'autore di tali reati è inclusa nel piano di rateizzazione, a condizione che la richiesta di rateizzazione sia stata formalizzata prima della ricezione della denuncia penale. (Inserita dalla L. 12382/2011).
§3 La prescrizione penale non decorre durante il periodo di sospensione della pretesa punitiva (inserita dalla L. 12382/2011).
§4 La punibilità dei reati di cui al capoverso si estingue nel momento in cui la persona fisica o giuridica legata all'agente effettua il pagamento integrale dei debiti derivanti dalle imposte, compresi gli accessori, che sono stati concessi a rate (inserita dalla L. 12382/2011).
§5 Le disposizioni dei §1-4 non si applicano in caso di divieto legale di rateizzazione (incluso dalla L. 12382/2011).
Comma (rinumerato dal comma unico dalla L. 12382/2011) lett. *o)*. Le disposizioni contenute nel capoverso dell'art. 34 della L. 26 dicembre 1995, n. 9249 si applicano ai procedimenti amministrativi, alle indagini e ai procedimenti in corso, purché la denuncia non sia pervenuta al giudice.
(27) Art. 69. La punibilità dei reati di cui all'art. 68 si estingue quando la persona giuridica riconducibile all'agente provvede al pagamento integrale dei debiti tributari e contributivi, compresi gli accessori, concessi in forma rateale.
Comma unico. In caso di pagamento da parte della persona fisica prevista dal §15 dell'art. 1, lett. *o)*, della presente legge, l'estinzione della punibilità si verifica con il pagamento integrale delle somme corrispondenti all'azione penale.
(28) Dititto penale e procedura penale. Ricorso in *habeas corpus*. 1. Sospensione del procedimento penale. Mancanza di eccezionalità - 2 Reato fiscale. Costituzione definitiva del credito. Precedente

Infine, vi sono molte altre questioni legate all'argomento che sono attualmente oggetto di discussione nella giurisprudenza brasiliana. Ad esempio: 1) l'accordo di non perseguibilità (ANPP, art. 28-A del Codice di procedura penale brasiliano - CPPb) (29) e il pagamento delle imposte; 2) l'esistenza di un procedimento civile collegato, il quale inerisce al credito d'imposta, e la possibilità di sospendere il procedimento penale durante questo periodo (questione pre-

---

vincolante 24/Stf. Giusta causa. 3. Discussione in sede civile. Irrilevanza. Indipendenza dele sfere. 4. Assenza di pagamento. Impossibilità di estinguere la punibilità. Sospensione del procedimento penale non necessária. Possibilità di estinzione anche dopo la sentenza definitiva. 5. Ricorso all'*habeas corpus* respinto.

1. È possibile, in via eccezionale, respingere un'azione penale attraverso l'istituto dell'habeas corpus solo quando si dimostra che la denuncia è inadeguata, che la condotta è atipica, che esiste una causa di estinzione della punibilità o che non ci sono prove di paternità o prove della materialità del reato.

2. L'azione penale per il reato previsto dall'art. 1 della L. 8137/1990 è giustificata solo dopo l'accertamento definitivo del debito fiscale. Questo è il contenuto del Precedente vincolante n. 24 del Tribunale federale: «Un reato materiale contro l'ordine fiscale, come previsto dall'art. 1, punti da I a IV, della L. 8137/1990, non può essere perseguito penalmente prima che l'imposta sia stata definitivamente accertata».

3. Una volta accertato definitivamente il credito d'imposta, l'eventuale contenzioso in ambito civile non impedisce il proseguimento dell'azione penale che indaga sul verificarsi di un reato contro l'ordinamento tributario, data l'indipendenza del giudizio civile da quello penale.

4. Poiché non vi è stato alcun pagamento, non è necessario parlare di estinzione della punibilità. Allo stesso modo, non è necessario sospendere l'azione penale, poiché anche dopo che la condanna è diventata definitiva e inappellabile, è possibile estinguere la punibilità pagando effettivamente l'imposta.

5. Ricorso in *habeas corpus* respinto.

(RHC n. 91.237/SP, relatore il giudice Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta commissione, sentenza del 20 febbraio 2018, DJe 28 febbraio 2018).

(29) Codice di procedura penale, art. 28-A. Se il caso non è chiuso e la persona indagata ha formalmente e circostanzialmente confessato di aver commesso un reato senza violenza o minaccia grave e con una pena minima inferiore a 4 (quattro) anni, la Procura della Repubblica può proporre un accordo di non perseguibilità penale, a condizione che sia necessario e sufficiente per il perseguimento e la prevenzione del reato, subordinato alle seguenti condizioni cumulative e alternative (incluso dalla L. 13964/2019:

I - riparare il danno o restituire l'oggetto alla vittima, salvo che sia impossibile farlo; (incluso dalla L. 13964/2019);

II - rinunciare volontariamente a beni e diritti indicati dalla Procura come strumenti, prodotti o proventi del reato; (incluso dalla L. 13964/2019) (data di entrata in vigore);

III - prestare servizi alla collettività o a enti pubblici per un periodo corrispondente alla pena minima prevista per il reato ridotta da uno a due terzi, in un luogo che sarà indicato dal giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'art. 46 del R.D.L. 7 dicembre 1940, n. 2848 (Codice penale); (incluso dalla L. 13964/2019) (data di entrata in vigore) (si veda ADI 6.298);

IV - versare una rata pecuniaria, da stipulare ai sensi dell'art. 45 del D.L. 7 dicembre 1940, n. 2848 (Codice penale), a un ente di interesse pubblico o sociale, da indicarsi da parte del giudice dell'esecuzione, che abbia preferibilmente la funzione di tutelare beni giuridici identici o analoghi a quelli apparentemente lesi dal reato; oppure (incluso dalla L. 13964/2019) (data di entrata in vigore);

V - rispettare, a tempo determinato, un'altra condizione indicata dal Pubblico Ministero, purché proporzionata e compatibile con il reato contestato (incluso dalla L. 13964/2019).

giudiziale di merito (30), art. 93 del CPPb) (31). Per quanto riguarda la tematica di questo saggio, possiamo concludere, dopo aver analizzato la realtà della legislazione e della giurisprudenza brasiliana in relazione ai reati fiscali, nei seguenti termini: 1) esiste una difficoltà a criminalizzare solo i comportamenti che offendono, o minacciano di offendere, un bene giuridico penale. Una semplice lettura dell'art. 2, II, della L. 8137/1990, così come dell'art. 168-A del Codice Penale, dimostra chiaramente come la disciplina legislativa delle mere infrazioni amministrative porti a criminalizzare anche una condotta che non ha le caratteristiche di materiale offensività (trattandosi di condotta di mera inadempienza); 2) il pagamento delle imposte, o anche la loro rateizzazione, indica una opzione politico-criminale verso la giustizia negoziale intesa come il meccanismo più rapido per risolvere i conflitti e soddisfare gli interessi della vittima.

5. Una comparazione con la realtà del sistema giuridico italiano: la criminalizzazione della materia fiscale e l'estinzione della punibilità con il pagamento del debito tributario

Il D.Lgs. 74/2010 definisce e tipizza i reati fiscali nell'ordinamento giuridico italiano. Esso definisce i comportamenti vietati in materia fiscale, che mirano a evitare o a ridurre il pagamento delle imposte attraverso azioni od omissioni fraudolente.

Questa normativa criminalizza quindi i comportamenti legati alla frode e all'evasione fiscali. Stabilisce le pene per vari reati contro gli obblighi fiscali, come la presentazione di dichiarazioni fraudolente, l'emissione di fatture false e l'evasione fiscale.

---

(30) STJ. Appello Habeas Coepus. Evasione fiscale. Credito d'imposta. Ingiunzione preliminare concessa in un'azione di annullamento del debito fiscale. Sospensione dell'esecutività del credito fiscale. Azione penale. Sospensione del procedimento fino ala sentenza in âmbito civile. Possibilità. 1 - Nei reati contro il sistema fiscale, la costituzione definitiva del credito d'imposta e il conseguente riconoscimento della sua esecutività sono condizioni necessaria per l'avvio dell'azione penale. Ciò è in linea con la sintesi del precedente n. 24. 2) Nel caso in cui si discuta della costituzione definitiva del credito tributario in un'azione dichiarativa di annullamento di un debito tributario, con l'accoglimento di un'istanza cautelare, che sospende l'esecutività del credito tributario, è opportuno disporre la sospensione del procedimento, ai sensi dell'art. 93 del Codice di Procedura Penale, fino alla sentenza definitiva in ambito civile. (RHC n. 24.540/SP, relatore il giudice Og Fernandes, Sesta Commissione, sentenza del 19 ottobre 2010, DJe 17 dicembre 2010).

(31) Art. 93: Se il riconoscimento dell'esistenza del reato dipende da una decisione su una questione diversa da quella prevista dall'articolo precedente, che rientra nella giurisdizione del tribunale civile, e se è stata intentata un'azione in tale tribunale per risolverla, il giudice penale può, a condizione che la questione sia difficile da risolvere e non riguardi un diritto la cui prova è limitata dalla legge civile, sospendere il corso del procedimento, dopo l'esame dei testimoni e l'assunzione di altre prove di natura urgente.

Le sanzioni sono calibrate a seconda della gravità del reato e possono comprendere pene detentive e pecuniarie. In riferimento allo standard punitivo, è stato affermato che «come è stato anticipato in base all'analisi dei principi generali del D.Lgs. 74/2000, l'imposizione conferita dalla misura cautelare è fortemente orientata a perseguire i reati che hanno effettivamente causato un danno economico all'erario» (32).

La tendenza dell'ordinamento italiano, come si evince, è nel senso di porre al centro il principio di offensività in materia penale tributaria come criterio in base al quale possono giustificarsi le sanzioni. Tuttavia, Mancini compie una considerazione che muove dalla lettura dell'art. 10 del D.Lgs. 74/2000: "L'unica apparente eccezione potrebbe essere ravvisata, come visto, nell'ipotesi di occultamento o distruzione delle scritture contabili che, di per sé, non comporta necessariamente l'avvenuta evasione, potendo quindi essere letta quale violazione 'prodromica' all'effettiva lesione del bene giuridico protetto" (33).

Questa eccezione può essere messa in relazione al cosiddetto modello dell'amministrativizzazione della tutela penale, come esaminato in precedenza. Questa tipologia di illecito penale sembra identificarsi nella punizione di mere infrazioni amministrative inerenti alla riscossione fiscale italiana.

I reati fiscali più rilevanti sono i seguenti: presentazione di una dichiarazione dei redditi fraudolenta con l'utilizzo di fatture false (per operazioni inesistenti) (art. 2) (34); presentazione di una dichiarazione dei redditi fraudolenta con altri mezzi fraudolenti (art. 3) (35); presentazione di una dichiarazione dei redditi falsa

(32) A. Mancini, *Diritto penale tributário*, III ed., Roma, 2019, p. 49.

(33) A. Mancini, *op. loc. ult. cit.*

(34) Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.
1. È punito con la reclusione da ((quattro a otto)) anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sui corrispettivi, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi passivi fissi.
2. Il fatto si considera commesso mediante la valorizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, ovvero sono detenuti a fini probatori nell'ambito dell'amministrazione finanziaria.
2bis. Se la somma degli elementi passivi è inferiore a un centesimo di euro, si applica la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni.

(35) Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.
1. Al di fuori dei casi previsti dall'art. 2, è punito con la reclusione da tre a otto anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sull'ammontare delle somme versate, si renda colpevole di frode alla legge, compiendo operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, indica in uno dei prospetti relativi a questa imposta elementi attivi per un importo inferiore a quello effettivo degli elementi passivi effettuati o accreditati e considerati effettuati, quando, insieme:
a) l'imposta evasa è superiore, con riferimento all'ammontare dell'imposta unica, a tre euro;
b) l'ammontare complessivo di tutti gli elementi attivi trattati come imposta, compresa l'indicazione degli elementi passivi fissi, è superiore al 50 per cento dell'ammontare complessivo di tutti

(art. 4) (36); omessa presentazione della dichiarazione dei redditi (art. 5; presentazione di una dichiarazione dei redditi falsa (art. 6) 5) (37); emissione di fatture false (per operazioni inesistenti) (art. 8) (38); occultamento o distruzione di scrit-

---

gli elementi attivi indicati in dichiarazione, o anche superiore, è superiore a euro un milione cinquecentomila, ovvero qualora l'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta, sia superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a euro trentamila.

2. Il fatto si considera commesso avvalendosi di documenti falsi quando tali documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie o sono detenuti a fini di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

3. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del paragrafo 1, non costituisce mezzo fraudolento la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione nelle scritture contabili o la mera indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali.

(36) Dati inesatti.

1. Al di fuori dei casi previsti dagli artt. 2 e 3, è punito con la reclusione da due anni a quattro anni e sei mesi chiunque, al fine di evadere le imposte sugli immobili o sul valore degli stessi, indica in una delle dichiarazioni annuali elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo degli elementi passivi inesistenti, quando, congiuntamente:

a) l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro centomila;

b) l'ammontare complessivo degli elementi interessati dall'imposta, compresa l'indicazione di elementi passivi inesistenti, è superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi interessati, ovvero è superiore a due milioni di euro.

1bis. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1, non si tiene conto dell'errata classificazione o valutazione di elementi attivi o passivi effettivamente presenti, per i quali i criteri specificamente applicati sono indicati nella cambiale o in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilità di elementi passivi reali.

1ter. Al di fuori dei casi di cui al comma 1bis, non costituiscono fatto punibile i valori che ((semplicemente)) differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelli corretti. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste dal comma 1, lett. *a)* e *b)*.

(37) Omessa dichiarazione.

1. È punito con la reclusione da due a cinque anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenti, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila.

1bis. È punito con la reclusione da due a cinque anni il soggetto che non presenta, avendone l'obbligo, la denuncia di evasione fiscale, quando l'ammontare dell'imposta evasa è superiore a euro cinquantamila.

2. Ai fini delle disposizioni di cui ai commi 1 e 1ter, non è considerata vincolante la dichiarazione dei redditi presentata entro 90 giorni dalla scadenza del termine o che non sia dattiloscritta o redatta in bollo secondo il modello prescritto.

(38) Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

1. È punito con la reclusione da quattro a otto anni chi, al fine di consentire a terzi di evadere le imposte sulle merci o sul corrispettivo, emette o riemette fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

2. Ai fini dell'applicazione della disposizione di cui al comma 1, l'emissione o incasso di più fatture o documenti per operazioni inesistenti nel corso del periodo d'imposta mediano si considera come un unico evento.

ture contabili (art. 10) (39); omesso versamento di ritenute certificate (art. 10bis) (40); omesso versamento dell'IVA (art. 10ter) (41); indebita compensazione (art. 10quater) (42); e sottrazione fraudolenta di imposta (art. 11) (43).

2bis. Se l'importo non corrispondente a quello effettivo indicato nelle fatture o nei documenti, per ciascun periodo d'imposta, è inferiore a un centesimo di euro, si applica la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni.

(39) Occultamento o distruzione di documenti contabili.

1. Salvo che il fatto costituisca un reato più grave, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Chiunque, al fine di evadere le imposte sul patrimonio o sul valore dei beni, o di acconsentire all'evasione da parte di terzi, occulta o distrugge in tutto o in parte documenti contabili o documenti la cui conservazione è obbligatoria, in modo da non acconsentire alla distruzione del patrimonio o del volume d'affari.

(40) Omesso versamento di ritenute certificate.

1. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chi non vi provvede entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale dei redditi, ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d'imposta, se il debito tributario non è in corso di estinzione mediante rateazione, ai sensi dell'art. 3bis del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 462. In caso di decadenza dal beneficio dell'aliquota, ai sensi dell'art. 15ter del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, il trasgressore è punito se l'importo del debito residuo è superiore a cinquantamila euro.

(41) Omesso versamento di IVA.

1. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chi, tra il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione annuale, versa l'imposta sull'importo dovuto sulla base della dichiarazione mediana, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta, se il debito tributario non è in corso di estinzione mediante rateazione, ai sensi dell'art. 3bis del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 462. In caso di decadenza dal beneficio dell'aliquota, ai sensi dell'art. 15ter del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, il trasgressore è punito se l'importo del debito residuo supera i settecentocinquantacinque euro.

(42) Nessun risarcimento.

1. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni il trasgressore che non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'art. 17 del D.Lgs. 9 luglio 1997, n. 241, crediti non speculativi, per un importo annuo superiore a cinquantacinquemila euro.

2. È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque non versi le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'art. 17 del D.Lgs. 9 luglio 1997, n. 241, crediti inesistenti per un importo annuo superiore ai cinquantamila euro.

2bis. La responsabilità dell'autore del reato di cui al punto 1 è esclusa quando, per la natura tecnica delle valutazioni, sussistono condizioni di obiettiva incertezza sugli elementi specifici o sulle qualità particolari che compongono il valore del credito.

(43) Evasione fraudolenta del pagamento delle imposte.

1. È punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sul reddito o sul corrispettivo, o di eventuali interessi o sanzioni amministrative relativi a tali imposte, effettua un versamento di importo superiore a cinquantamila euro, alias simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva. Se la somma di imposte, sanzioni e interessi supera i duecento euro, si applica la reclusione da un anno a sei anni.

2. Chiunque, al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale delle imposte e dei relativi accessori, indica nella documentazione presentata al termine della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi realizzati per un ammontare complesso superiore a euro cinquantamila, è punito con la reclusione da sei mesi a

In alcuni dei reati citati vengono fissati dei valori economici che fungono da soglia minima affinché scatti l'operatività della fattispecie penale. L'elemento soggettivo richiesto ai fini della configurabilità della fattispecie penale è costituito dalla volontà di evadere le imposte (sul reddito o sull'IVA).

Va notato che il D.Lgs. 74/2000, a differenza della disciplina legislativa brasiliana (L. 8137/1990), regola nel proprio testo in modo preciso la relazione tra la sfera amministrativa e quella penale, in particolare dall'art. 19 in poi.

Sempre a proposito del D.Lgs. 74/2000, l'art. 13 (44) definisce le modalità per la risoluzione legale dei reati fiscali una volta pagate le somme dovute. È previsto, tuttavia, che siano soddisfatte alcune condizioni specifiche a seconda del reato: 1) nei reati di cui agli artt. 10bis, 10ter e 10quater, comma 1 (45) le condizioni di non punibilità presentano un ambito di applicazione particolarmente ampio; 2) nei reati di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5 i requisiti di non punibilità sono invece più severi e circoscritti (46), in quanto le fattispecie criminose «assumono un connotato di più marcata antigiuridicità, imponendosi pertanto una più scrupolosa verifica della serietà e spontaneità dell'interessato nell'intraprendere tale percorso» (47) di pagamento delle somme dovute.

Con specifico riguardo al tema del pagamento dell'imposta dovuta, il D.Lgs. 74/2000 prevede anche altre possibilità: 1) sempre all'art. 13, è prevista una norma permissiva (termine) nel caso in cui il debito tributario sia pagato a rate (48); 2) all'art. 13bis, è prevista una riduzione della sanzione nel caso in cui il debito

---

quattro anni. Se l'importo di cui al periodo precedente è superiore a duecentomila euro, si applica la reclusione da un anno a sei anni.

(44) «La disposizione dell'art. 13 è stata integralmente sostituita dall'art. 11 del D.Lgs. 158/2015, che ha introdotto una (nuova) causa di non punibilità in caso di integrale pagamento del debito tributario» (A. Mancini, *Diritto penale tributário*, cit., p. 326).

(45) Cause di non punibilità. Pagamento del debito fiscale.

1. I reati di cui agli artt. 10bis, 10ter e 10quater, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso.

(46) 2. I reati di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5 non sono punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, ogni qualvolta la revoca o la presentazione intervenga prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'avvio di un procedimento amministrativo o penale.

(47) A. Mancini, *Diritto penale tributário*, cit., pp. 327 e ss.

(48) (3) Nel caso in cui, prima dell'avvio del giudizio di primo grado, il debito tributario sia in corso di annullamento mediante accertamento, viene concesso un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo. In questo caso, il termine di prescrizione cade.

Il giudice ha la possibilità di prorogare questo termine una volta per non più di tre mesi, per tutto il tempo che ritiene necessario, lasciando che il termine di prescrizione si estingua.

tributario sia pagato prima della chiusura del processo di primo grado (49). 3) l'art. 13bis prevede anche l'applicazione dell'art. 444 del Codice di procedura penale (applicazione di una pena alternativa o di una multa) se il debito tributario è pagato prima dell'apertura del processo di primo grado, così non applicandosi l'art. 13, commi 1 e 2 (50).

Quindi, come strategia politico-criminale, l'introduzione: "di siffatto istituto, ad evidente finalità premiale, viene giustificata dal legislatore su ragioni di politica criminale, quale espressione della «scelta di concedere al contribuente la possibilità di eliminare la rilevanza penale della propria condotta attraverso una piena soddisfazione delle pretese dell'erario prima del processo penale […]" (51).

Un'ultima considerazione può essere operata per quanto concerne i profili teorico-dogmatici. Come nell'ordinamento brasiliano, la punibilità (e la sua estinzione) presuppone l'esistenza di un reato precedente. Anche in Italia il concetto di tripartizione del reato ha trovato una significativa adesione tra gli studiosi italiani, a partire da Delitala (52). Così si esprime Schiaffo: «La costruzione tripartita del reato – o, comunitariamente, la configurazione autonoma dell'antigiuridicità – è ormai ampiamente riconosciuta dalla manualistica: […]» (53).

Dunque, anche se può essere avventato sostenerlo, la concezione tripartita del reato sembra essere una forma abbastanza diffusa nell'odierno sistema penale ita-

(49) Circostanze del caso.

1. Al di fuori dei casi di non punibilità, le pene per i reati previsti dal presente decreto sono ridotte alla metà e non si applicano le pene accessorie indicate nell'articolo 12 se, prima dell'emissione della sentenza di primo grado, il debito tributario, comprese le sanzioni amministrative e gli interessi, è estinto. Quando, prima della conclusione del procedimento, il debito è in corso di estinzione mediante rateizzazione, anche a seguito di procedure conciliative e transattive, il contribuente deve darne comunicazione al giudice che procede, allegando la relativa documentazione, e informare del procedimento l'Agenzia delle entrate, indicando il relativo procedimento penale.

1bis. Nei casi di cui al punto 1, secondo periodo, la causa è sospesa dopo l'invio della comunicazione. Trascorso un anno, la sospensione è annullata, a meno che l'Agenzia delle entrate non abbia comunicato che il pagamento del tributo è regolarmente in corso. In questo caso, la causa viene rinviata per altri tre mesi, che il giudice ha la facoltà di prorogare, per una sola volta, per non più di tre mesi, fino a quando lo ritiene necessario per consentire il pagamento integrale del debito. Anche prima della scadenza dei termini del secondo e del terzo periodo, la sospensione è revocata quando l'Agenzia delle Entrate certifica l'avvenuto pagamento integrale delle somme dovute o comunica la scadenza del beneficio della tariffa.

Durante la sospensione del procedimento, il termine di prescrizione è sospeso.

(50) 2. Per i reati previsti dal presente decreto, la pena di cui all'art. 444 del codice di procedura penale può essere condonata dalle parti solo quando, prima della decisione di apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario, comprese le sanzioni amministrative e gli interessi, è estinto, non anche quando si verifica l'evasione fiscale, salvo i casi previsti dall'art. 13, commi 1 e 2.

(51) A. Mancini, *Diritto penale tributário*, cit., p. 326.

(52) G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale; parte generale*, V ed. Bologna, 2007, p. 175.

(53) F. Schiaffo, *Riflessioni critiche intorno ad un 'dogma': l'antigiuridicità genética*, in *Rivista italiana di diritto e precedenze penali*, 1999, p. 1075.

liano (54). Tuttavia, è altrettanto vero riconoscere che su questo tema c'è ancora molta discussione (55).

Tornando a ciò che interessa il presente saggio, si può convenire sul fatto che nel diritto tributario italiano esistono senz'altro disposizioni giuridico-politico-criminali che incoraggiano la giustizia negoziata e considerano il risarcimento della vittima (l'erario, in questo caso) come un presupposto di cui tenere prioritariamente in considerazione. Anche se i limiti per l'applicabilità dell'istituto sono diversi rispetto alla realtà brasiliana, e risultano particolarmente restrittivi, va evidenziato come le caratteristiche negoziali siano simili nei due sistemi giuridici esaminati.

6. Conclusioni

Il presente studio comparatistico sul tema specifico dei reati fiscali rivela alcune interessanti analogie fra gli ordinamenti brasiliano e italiano.

Anche se con limiti e requisiti normativi parzialmente diversi, entrambi i sistemi giuridici criminalizzano l'evasione fiscale in base al principio di offensività. Tuttavia, in una certa misura, i due ordinamenti presentano ancora alcune fattispecie penali che optano per l'adesione all'amministrativizzazione della tutela penale tributaria (i casi di reclusione per debito/mero inadempimento).

Inoltre, entrambi gli ordinamenti prevedono soluzioni negoziate nel sistema penale per fronteggiare i reati fiscali. Sai limiti diversi (più restrittivi in Italia), esistono norme che estinguono la punibilità dell'evasore fiscale sai volta che l'obbligazione tributaria evasa sai stata pagata. Insomma, si può convenire in ordine al fatto che operi una matrice politico-criminale comune ai due ordinamenti.

In conclusione, tornando agli obiettivi iniziali del presente saggio emerge come lo studio in chiave comparatistica del diritto penale tributario sia in grado di offrire una più ampia gamma di possibilità per comprendere (e intervenire sugli) gli aspetti complessivi di questo modello punitivo globalizzato del XXI secolo.

---

(54) A. Pagliaro, *Il reato,* nel *Trattato di diritto penale,* V, II, Milano, 2007, p. 43.

(55) Fiandaca e Musco, ad esempio, affermano che: «ancorché a nostro avviso più idonea ad essere utilizzata anche nella prassi applicativa, la concezione tripartita non è finora riuscita ad affermarsi nell'ambito della giurisprudenza italiana: la quale, pur rimanendo tendenzialmente legata al modello naturalístico della contrapposizione 'elemento oggetivo' – 'elemento soggettivo', continua a mantenere sul terreno della teoria generale del reato atteggiamenti ambigui» (G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, cit., p. 177).

L'articolo ricorre all'uso del metodo comparatistico per analizzare, secondo l'ottica penalistica, i reati fiscali nei sistemi giuridici brasiliano e italiano. Il contributo inizia presentando i modelli regolativi nei due Paesi e procede poi ad una comparazione delle strategie di politica criminale adottate. La conclusione del contributo è nel senso che coesistono diversi punti di convergenza tra le misure legislative adottate. Con particolare attenzione, nonostante alcune evidenti differenze, si riscontrano punti di convergenza fra gli ordinamenti giuridici studiati, in particolare sulle modalità di estinzione di queste tipologie di reato, con specifico riferimento al pagamento delle imposte dovute come causa di estinzione della punibilità.

The article employs a comparative method to analyze, from a criminal law perspective, tax offences in the Brazilian and Italian legal systems. The study begins by presenting the regulatory models in both countries and then proceeds to compare the criminal policy strategies adopted. The conclusion reached is that several points of convergence can be identified among the legislative measures enacted. In particular, despite some evident differences, there are significant similarities between the two legal systems, especially concerning the mechanisms for the extinction of criminal liability, with specific reference to the payment of the taxes due as a ground for exemption from punishment.

Lorenzo Spadacini
(Professore associato nell'Università di Brescia)

Populismo costituzionale e antiparlamentarismo: il caso italiano nel dibattito sulle riforme istituzionali* **

Sommario: 1. Precisazioni introduttive: delimitazione dell'analisi e chiarimenti di metodo. - **2.** Il populismo antiparlamentarista insito nella proposta di riforma costituzionale per introdurre il c.d. premierato. - **3.** Premio di maggioranza e populismo antiparlamentarista: non solo la destra, non solo oggi. - **4.** Conclusioni.

1. Precisazioni introduttive: delimitazione dell'analisi e chiarimenti di metodo

Il tema del presente lavoro combina la questione delle riforme costituzionali con quella del populismo di destra, corrente cui si può ascrivere buona parte delle forze politiche attualmente dominanti nel governo italiano dall'ottobre 2022. Sebbene l'articolo si concentri sul contesto italiano, è evidente che quest'ultimo si inserisca in una tendenza globale, benché esistano caratteristiche specifiche dei singoli paesi. Si pensi a quanto la questione sarebbe diversa se si affrontasse il tema del populismo di destra negli Stati Uniti e se si estendesse l'analisi in relazione alla

* Il lavoro è frutto di alcune presentazioni presso sedi internazionali. È stato discusso una prima volta nell'ambito del seminario intitolato *Constitutional Reform and Right-Wing Populism in Italy*, "*globelecture*" introdotta e moderata da Fabian Michl (Leipzig), che ringrazio, presso il Research Centre Global Dynamics (ReCentGlobe), Universität Leipzig, il 16 maggio 2024. È stato poi discusso nell'ambito dei seminari *Nuevas formas de constitucionalismo, separación de poderes y democracia*, Instituto de Estudios Judiciales, Universidad de La Plata, La Plata (Argentina), il 23 aprile 2025, e *El Constitucionalismo latino: fundamentos y nuevas perspectivas*, Universidad Austral, Buenos Aires (Argentina), 12 maggio 2025. Ringrazio, per i commenti a margine delle presentazioni orali, i Prof.ri Riccardo Cardilli e Stefano Porcelli. *Last but not least*, ringrazio la Prof.ssa Roberta Calvano per aver letto e commentato una prima stesura del testo in vista della presentazione a Lipsia. In ogni caso, le opinioni espresse nel presente articolo sono esclusivamente dell'autore e non riflettono necessariamente quelle delle istituzioni o delle persone ringraziate.
** Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

democrazia costituzionale in generale piuttosto che alle sole riforme costituzionali (1). Per non parlare delle differenze che potrebbero emergere da una valutazione estesa alle democrazie del Sud America, a partire dall'attuale esperienza argentina (2) e da quella, invece chiusa, di Bolsonaro in Brasile (3). In ogni caso, anche in Europa (4), il populismo di destra è in espansione pressoché ovunque, probabilmente con la sola eccezione della Polonia, che, pur essendone stata anticipatrice, ha ora un governo moderato. Altrove, il fenomeno è stabilmente radicato o in espansione (dall'Ungheria ai Paesi Bassi), e recentemente si registra una crescita del sostegno elettorale verso forze populiste di destra anche in Germania, un Paese che fino a poco tempo fa sembrava l'ultimo baluardo dei vecchi sistemi politici democratici immuni da tendenze populiste (5). In breve, l'argomento è troppo complesso e variegato per essere trattato in modo globale ed esaustivo (6). Limiterò pertanto la mia trattazione all'esperienza italiana, che comunque può offrire elementi utili per l'analisi del fenomeno anche in altri contesti europei o mondiali.

Che l'attuale maggioranza di governo in Italia possa rientrare nella categoria del populismo di destra è difficilmente contestabile, benché sia utile chiarire in quale senso viene impiegato il concetto di populismo di destra in questo saggio.

La prima precisazione da fare è che si dà per scontato che la parte decisamente prevalente dell'attuale maggioranza di governo italiana sia composta da forze politiche (7) che si inseriscono senza difficoltà nella categoria del "populismo di destra" (8). Questo vale indubbiamente per la Lega e Fratelli d'Italia. Entrambe promuovono temi legati al "law and order" e all'idea che il territorio dello stato

(1) M. Macaulay, *Populism and Populist Discourse in North America*, London, 2023.
(2) Su cui vedi A. S. Silokhina, *Populism in Argentina: Crisis of the Dominant Ideology and Transformation of Political Course*, in *Governance and Politics*, 2024.
(3) Su cui vedi C. Gonçalves Couto, *Bolsonaro's Brazil: a democracy under stress*, in *Contemporary Brazil*, n. 28/2023, e G. Venturelli, P. Ricci, G. Pinho, *Brazil's Democratic Resilience: How Institutions Withstood Bolsonaro's Assault*, in *RevDem*, 2025.
(4) J.M. Castellà Andreu, M.A. Simonelli (a cura di), P*opulism and Contemporary Democracy in Europe. Old Problems and New Challenges*, London, 2022.
(5) J. Woelk, *The Rising Tide of Populism Raises Questions About the Invulnerability of Germany's Democratic and Federal System*, in *Iacl-Aidc Blog*, 7 novembre 2024.
(6) Ne consegue che, nell'impossibilità di indicare una bibliografia completa, come nel caso delle note sopra, mi limito qui a indicare alcuni lavori aggiornati: J.F. Carrión, P*opulism and Democracy: What We Know and Don't Know*, in *Political Science Quarterly*, 18 giugno 2025; A. Kyriacou, P. Trivin, *Populism and the rule of law: The importance of institutional legacies*, in *American Journal of Political Science*, n. 1-16/2024; D. Tripathi, *Modern Populism. Weaponizing for Power and Influence*, Berlin, 2023.
(7) La maggioranza di centrodestra attuale è composta da tre forze politiche significative. Fratelli d'Italia e Lega sono partiti italiani di destra o estrema destra, rispettivamente nazional-conservatore e sovranista. Forza Italia, fondata da Silvio Berlusconi, oggi è una formazione di centro-destra liberale.
(8) M. Valbruzzi, S. Ventura, *Fratelli d'Italia e Lega Diversamente populisti di destra?*, Roma, 2022.

debba essere abitato preferibilmente da membri del gruppo autoctono ("la nazione"), e che gli elementi non autoctoni ("gli stranieri") rappresentino prevalentemente una minaccia per lo Stato-nazione, che viene intenso in senso etnicamente omogeneo (9). Queste due forze politiche, insieme, hanno ottenuto il 35% dei voti alle elezioni del 2022. Tale percentuale rappresenta i 4/5 dei voti ottenuti complessivamente dal centrodestra, pari al 44% del totale, che si è tradotto in circa il 60% dei seggi in entrambe le Camere, grazie alla legge elettorale mista (proporzionale per 5/8 dei seggi e maggioritaria uninominale per i restanti 3/8). Il quinto rimanente dell'elettorato della coalizione di centrodestra è attribuibile a Forza Italia, il partito un tempo guidato da Berlusconi, che oggi appare come una forza che si inserisce in quelle mainstream, benché essa stessa si fondi su radici chiaramente populiste (10).

È vero, tuttavia, che Fratelli d'Italia, il partito di maggioranza relativa, ha una posizione filoatlantica sulla questione ucraina (ancorché, insediatasi l'Amministrazione Trump in Usa, tale linea risulti meno netta), diversamente da altri partiti del populismo europeo di destra e, in Italia, per l'appunto, dall'alleato Lega. Così come è vero che il Governo, nel suo complesso, ha completamente allentato le tensioni con l'Unione Europea. Ciononostante, si tratta di elementi che non offuscano quelli già evidenziati in materia di sicurezza e immigrazione, che sono sufficienti per annettere la maggioranza di governo italiana nella categoria del populismo di destra (11).

La seconda precisazione relativa al concetto di "populismo di destra" in questo scritto riguarda la prima parte del binomio, ovvero il "populismo". Ai fini del presente lavoro, non è indispensabile offrire una definizione particolarmente precisa: si tratta di un'operazione assai complicata di per sé e, soprattutto, per un costitu-

(9) Questi sono i criteri utilizzati per classificare il populismo di destra da C. Mudde, R.C. Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford, 2017, p. 34, per cui si veda anche G. Halmai, *Populism, Authoritarianism and Constitutionalism*, in *German Law Journal*, n. 20/2019, pp. 296 e ss. A questo proposito, si veda anche M. Tushnet, *Comparing Right-Wing and Left-Wing Populism*, in *Constitutional Democracy in Crisis?*, a cura di M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet, Oxford, 2018, il quale confronta il populismo di sinistra e quello di destra: descrivendo il primo come favorevole a restrizioni alla circolazione dei capitali e il secondo come orientato a limitare la circolazione delle persone piuttosto che dei capitali, attraverso una retorica anti-cosmopolita ed etno-nazionalista del tipo "noi-loro". Del resto, la concezione etnicamente unitaria del popolo sembra un derivato probabilmente necessario della chiarissima tendenza di ogni populismo ad accedere a una concezione unitaria del popolo in generale, contrapposto alle élite e ai corpi intermedi (in proposito si veda P. Rosanvallon, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Paris, 2020, tr. *Il secolo del populismo*, Roma-Bari, 2021, che, pur partendo da una diversa concettualizzazione del populismo, comunque sottolinea il rilievo dalla concezione unitaria e antipluralistica del popolo su cui si fonda).

(10) Si vedano M. Calise, *La democrazia del Leader*, Roma-Bari, 2016, p. 88 s., e M. Lazar, *Silvio Berlusconi, Forza Italia, and Berlusconism: a political and cultural enterprise*, in *Contemporary Italian Politics*, n. 16(4)/2024.

(11) V. Malingre, A. Kaval, *Giorgia Meloni's European double bluff*, in *Le Monde*, 30 maggio 2024.

zionalista (e in generale per i giuristi), trattandosi di una nozione che ha origini che affondano nella politologia o nella filosofia politica (12). Però, limitandosi al terreno più propriamente costituzionale (13), i temi sui quali le forze politiche populiste si distinguono possono essere identificati nei seguenti tre.

Il primo tema rilevante è rappresentato dalla dicotomia democrazia diretta/democrazia rappresentativa (14).

Come espressione della natura anti-elitaria dei partiti populisti, spesso – ma non sempre – essi contrappongono le istituzioni della democrazia rappresentativa a quelle della democrazia diretta. L'enfasi sull'uso dei referendum come alternativa alla legislazione parlamentare è talvolta un modo per articolare un discorso populista classico, che contrappone la vera volontà del popolo, o la volontà del popolo puro, a quella delle élite, che dominano non solo l'economia e la società ma anche le istituzioni. Di questo tipo di approccio alle questioni costituzionali, in Italia, al più è stato accusato il Movimento 5 Stelle. Quando quella forza politica ha governato, fu proposto e portato avanti in Parlamento un progetto di riforma costituzionale per introdurre una forma di iniziativa legislativa popolare seguita da referendum, sul modello svizzero. A mio avviso, peraltro, si trattava di una proposta molto equilibrata, per nulla antitetica alla rappresentanza parlamentare (15).

---

(12) Sulla complessità della identificazione e delle definizioni del fenomeno populista, si rinvia a M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista Aic*, 2018.

(13) Il concetto di "populismo costituzionale" è stato sviluppato in anni recenti da diversi studiosi, tra cui P. Blokker, *Populist Constitutionalism*, in *Routledge Handbook of Global Populism*, London, 2018, D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *University of California Davis Law Review*, n. 47(1)/2013, pp. 189 e ss., M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, in *Cornell Law Review*, n. 100(2)/2021, pp. 391 e ss., e R. Albert, Y. Roznai (a cura di), *Constitutionalism under Extreme Conditions: Law, Emergency, Exception*, Berlin, 2021, per descrivere quei progetti di riforma che, pur avvalendosi degli strumenti formali della democrazia costituzionale, mirano a concentrare il potere, indebolire i controlli e ridurre la rappresentanza pluralistica. Si tratta di una forma di populismo istituzionale che non si manifesta solo come discorso politico ma come progetto normativo: un uso strategico della Costituzione e delle sue riforme per rafforzare l'esecutivo, vincolare il Parlamento, o neutralizzare le corti. In questa prospettiva, l'elemento tipicamente antiparlamentare diventa parte di una più ampia tensione tra sovranità popolare e limitazione del potere, che caratterizza l'intero dibattito sul populismo costituzionale.

(14) Vedi M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., p. 22: "La democrazia diretta è senz'altro il tema centrale, in rapporto al messaggio populista, dal momento che quest'ultimo ruota attorno alla richiesta di lasciar manifestare la viva voce del popolo". Vedi anche A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, e P. Pasquino, *Popolo o élite? Il referendum propositivo e la retorica della democrazia diretta*, in *costituzione.info*, 23 aprile 2019.

(15) Occorre, tuttavia, precisare che ho personalmente lavorato a quel progetto quale Capo del Dipartimento per le Riforme Istituzionali della Presidenza del Consiglio durante il Governo Conte I. Sulla proposta, sia consentito rinviare a L. Spadacini, *Rischi plebiscitari nell'assetto istituzionale e referendum propositivo. Spunti a margine della proposta all'esame delle Camere per introdurre un'iniziativa legislativa indiretta*, in *Rappresentanza e governabilità. La (complicata) sorte della democrazia occidentale*, a cura di A. Carminati, Napoli, 2020, pp. 105 e ss. In tema, si vedano anche: G. Grasso, *La balestra di Guglielmo Tell e l'iniziativa legislativa popolare. Note minime a proposito del disegno*

In ogni caso, questo tipo di approccio democratico-populista, che forse appartiene più propriamente ai populismi di sinistra, non contraddistingue affatto l'attuale governo populista di destra. Esso esula quindi dall'ambito di questa indagine che si rivolge al contesto italiano, benché tracce consistenti di tale approccio siano sicuramente riscontrabili nelle esperienze costituzionali recenti in particolare dell'America latina (16).

La seconda precisazione serve, tra l'altro, a mettere in luce una peculiarità del populismo di destra italiano rispetto a quello di altri Paesi europei, come in particolare la Polonia (17) e l'Ungheria (18). Un tratto tipico del populismo (non solo di destra) è certamente un cattivo rapporto con gli aspetti più schiettamente liberali del costituzionalismo, ovvero con l'esigenza di limitare il potere democratico rispetto alle libertà da garantire alle minoranze e incanalarlo nelle forme costituzionali attraverso cui il processo democratico deve svolgersi (19), come chiaramente espresso dall'art. 1 della Costituzione italiana, secondo cui «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

---

di legge costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum, in *Osservatorio AIC*, n. 1-2/2019, pp. 245 e ss.; A. Morelli, *Il referendum propositivo: un'analisi costi-benefici*, in *federalismi.it*, 20 marzo 2019; F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia: 'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista Aic*, 2020, pp. 537 e ss.

(16) Un caso particolarmente interessante di "populismo democratico di sinistra" – ossia una forma di populismo che non si oppone apertamente alla democrazia costituzionale, ma che cerca di reinterpretarla in chiave plebiscitaria – è rappresentato dal dibattito recente sulle riforme costituzionali della magistratura in Messico. A partire dal governo di Andrés Manuel López Obrador e poi con Claudia Sheinbaum, la retorica populista ha assunto un profilo specifico: essa non mira tanto a smantellare l'ordine costituzionale quanto a "restituire" al popolo il controllo su istituzioni percepite come autoreferenziali e non elette, come la Corte Suprema. In questo contesto, l'intenzione di introdurre l'elezione popolare dei giudici – anziché la loro nomina da parte del potere politico o della stessa magistratura – viene giustificata come democratizzazione della giustizia, anche se dai più – in dottrina – è considerata rispondere a una logica populista di delegittimazione delle mediazioni istituzionali e di concentrazione simbolica della sovranità nel leader o nel popolo astratto. Si tratta di una forma di populismo che non rifiuta la Costituzione, ma cerca di reinterpretarla come strumento della volontà generale, riducendo però il pluralismo e l'autonomia funzionale degli organi di garanzia. G. Zepeda Lecuona, *¿Elección popular de ministros de la Corte? Riesgos para la independencia judicial*, in *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 45/2021, ha messo in guardia contro la trasformazione delle Corti in arene politiche, laddove la legittimazione popolare diretta sostituisce l'indipendenza professionale. Questo approccio si inscrive in una più ampia tendenza latino-americana – già visibile in Venezuela, Bolivia ed Ecuador – in cui la giustizia costituzionale viene riformata per riflettere la "nuova volontà sovrana", anziché come contrappeso strutturale al potere esecutivo. Sul punto, v. anche J.W., Müller, *What Is Populism?*, University of Pennsylvania Press, 2016.

(17) T.T. Koncewicz, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, in *Review of Central and East European Law*, n. 43(2)/2018, pp. 116 e ss.

(18) J. Mécs, *Courts and Populist Electoral Politics - the Case of Hungary*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, n. 16/2024, pp. 263 e ss.

(19) Per questa posizione si veda Y. Mény, Y. Surel, *The Constitutive Ambiguity of Populism*, in Id., *Democracies and the Populist Challenge*, New York, 2002, pp. 8 e ss.

L'esigenza tipicamente populista di liberare il popolo, la vera volontà popolare, dai vincoli delle forme costituzionali – che in realtà servono a tutelare la democrazia effettiva e le libertà degli individui e in particolare delle comunità minoritarie – ha spesso condotto i governi a maggioranza populista a tentare di liberarsi di uno dei meccanismi di difesa tipici del costituzionalismo liberale, cioè il controllo di costituzionalità, che in Europa continentale si è sviluppato secondo il modello austriaco-kelseniano. Questo è senza dubbio il caso dell'"addomesticamento" delle Corti Costituzionali in Polonia e in Ungheria (20). Probabilmente è anche il caso del recente, fallito, tentativo in Israele di "tagliare le unghie" alla Corte Suprema, sebbene in quel caso mi sembri più corretto classificare il governo in carica come di destra piuttosto che come populista di destra (21).

In ogni caso, questo approccio ai limiti costituzionali, che implica un attacco alle Corti costituzionali e al controllo di costituzionalità, non sembra riscontrarsi nel caso italiano. Al momento, in Italia non vi sono attacchi particolarmente preoccupanti da parte del governo populista di destra alla Corte costituzionale, al suo ruolo o alle modalità di nomina dei suoi giudici, anche se occorre dar conto, su un terreno simile, del processo di riforma costituzionale della magistratura in corso di approvazione (22). Sulla base del relativo testo, approvato in prima lettura da entrambe le Camere, il Consiglio Superiore della Magistratura verrebbe "sdoppiato", creando un organo per i magistrati giudicanti e un distinto organo per i magistrati requirenti. Da un lato, tale intervento da parte delle forze politiche di maggioranza è giustificato sulla base di argomenti tipicamente liberali ed antipopulisti: il giusto processo penale esige la separazione rigida tra accusa e giudici, mentre l'attuale assetto costituzionale confonde in un unico organo la gestione delle carriere degli uni e degli altri, facendo entrambi parte del medesimo ordine di magistrati. Dall'altro lato, però, questo intervento è inteso come uno strumen-

(20) Sugli attacchi alle Corti costituzionali in Polonia e Ungheria v.: A. Aydin Çağirik, *The varying effect of court-curbing: evidence from Hungary and Poland*, in *Journal of European Public Policy*, n. 31(5)/2024, pp. 1179 e ss., studio empirico sulle differenze tra limitazioni informali e formali della magistratura nei due paesi; T. Drinóczi, A. Bień-Kacała, *Illicit illiberal constitutionalism: the case of Hungary and Poland. The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, London, 2021, dove si sostiene che i governi populisti dei due Paesi sono riusciti a ricostruire le Corti costituzionali come strumenti di potere; I.P Karolewski, R. Sata, *The dual state of judiciary in Hungary and Poland*, in *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, Berlin, 2025, dove si spiega come in quei contesti sia stato creato un "dual state" nella magistratura, parte autonoma e parte politicamente cooptata.

(21) Y. Roznai, A. Cohen, *Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel*, in *Israel Law Review*, n. 56/2023, pp. 502 e ss. Vedi anche G. Mannarini, *La riforma del sistema giudiziario di Israele tra criticità sistemiche e prospettive allarmanti*, in *DPCE Online*, n. 1/2025.

(22) Vedi il disegno di legge costituzionale A.S. 1353, *Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare*. Per un recente contributo, vedi P. Mezzanotte, *Le recenti proposte di riforma costituzionale della magistratura*, in *Nomos*, n. 1/2025, e il numero monografico n. 1-2/ 2025 di *Questione giustizia*.

to finalizzato a contenere il controllo di legalità svolto dalla magistratura sui poteri politici: in questo senso, invece, esso avrebbe natura populista.

Questo aspetto, di insofferenza verso il controllo di legalità da parte dei rappresentanti dei cittadini eletti, esisterebbe, dunque, nella maggioranza attuale ma si rivolgerebbe verso la magistratura ordinaria senza coinvolgervi la giurisdizione di costituzionalità. E infatti resta vero quanto sostenuto da Michela Manetti in precedenza, secondo cui la critica alla magistratura in Italia "si rivolge propriamente non alla neutralità o alla indipendenza dei tribunali, ma semmai alla mancanza della neutralità e dell'indipendenza. In Italia avviene infatti il contrario: grazie all'indipendenza che i magistrati dimostrano (o forse hanno dimostrato in passato) dalla "casta", essi sono considerati da molti come i più preziosi alleati nella lotta alla corruzione della classe politica (tema centrale del messaggio populista). Tanto è vero che nessuno nel nostro Paese ha proposto l'elezione diretta dei giudici, o dei pubblici ministeri" (23).

In terzo luogo, l'elemento tipicamente populista sul piano costituzionale è l'antiparlamentarismo (24).

Infatti, il malessere nei confronti della dimensione liberale del costituzionalismo non si manifesta solo attraverso la critica al controllo di costituzionalità della legge. Spesso prende la forma di una vera e propria intolleranza verso il ruolo del Parlamento come sede della rappresentanza, ruolo che viene contrapposto – in chiave schmittiana – a una rappresentanza unitaria del popolo incarnata da un capo eletto direttamente (25). In questo senso, il populismo di destra è chiaramente antiparlamentare, poiché i parlamenti sono luoghi in cui la mitica rappresentanza unitaria del popolo si frammenta necessariamente nelle sue componenti pluralistiche e contraddittorie, che devono essere mediate nella costruzione della volontà politica delle istituzioni (26).

Nello stesso senso si tratta di una forma di populismo che enfatizza il ruolo dell'esecutivo a scapito del Parlamento (27). Del resto, il risultato di questo processo di mediazione che produce la decisione politica non è la volontà unitaria del

(23) M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., p. 381.
(24) Di nuovo M. Manetti, *op. ult. cit.*, p. 376.
(25) Per una critica serrata al modello schmittiano, si veda G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005, pp. 42 e ss.
(26) F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia: 'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, cit., pp. 517 e ss. Vedi, sul ruolo dei Parlamenti nella rappresentanza H. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley, 1967, e N. Urbinati, *Democrazia rappresentativa*, Roma, 2010, p. XIII.
(27) M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., p. 384: "Al popolo viene accordata una forma di influenza che – pur presentata come più libera e immediata – si rivela ristretta ed episodica: essa si esprime, da un lato, nella scelta di un Governo, o meglio, di un leader, che tuttavia è chiamato a resistere alla pressione delle domande sociali; dall'altro, nei più frequenti pronunciamenti referendari".

popolo, ma la volontà mediata di una maggioranza delle forze politico-parlamentari. È un processo che richiede, per essere genuino, di svolgersi in un'assemblea, perché solo lì può inverarsi il pluralismo espresso dall'insieme dei rappresentanti eletti che interagiscono in un contesto dialettico (il che è ben diverso dalle semplificate mediazioni tra leader – quando ci sono – in sede governativa).

Il legame tra populismo e antiparlamentarismo probabilmente non necessita di molte argomentazioni, almeno per quanto riguarda l'esperienza italiana. Si pensi, ad esempio, all'esperienza del fascismo (28). Da un lato, almeno nelle sue fasi iniziali, esso ha una connotazione chiaramente populista e specificamente antiparlamentare. Esso, del resto, è il frutto della crisi della rappresentanza parlamentare liberale, che in Italia non ha retto al periodo postbellico. Dall'altro, con l'ascesa del partito fascista al potere, il Parlamento, sede della democrazia rappresentativa, diventa il "nemico" da piegare e annientare.

In questo senso, il fondatore del populismo moderno in Italia è stato il fascismo di Mussolini. La natura populista del fascismo, almeno alle origini, è affermata, tra gli altri, da Luigi Ferrajoli (29), e, per lasciare il campo dei giuristi, anche da Umberto Eco (30) e, più recentemente, da Antonio Scurati (31). A prescindere dal carattere apertamente autoritario che il fascismo avrebbe portato alle estreme conseguenze in breve tempo, già all'inizio – quando il governo Mussolini era ancora un governo parlamentare sostenuto da una maggioranza di liberali e cattolici – questa tendenza era chiaramente presente. Mussolini, rivolgendosi alla Camera dei deputati il 16 novembre 1922, nel presentare il suo governo, dichiarò – è un passo celeberrimo – che «il popolo italiano – nella sua parte migliore – si è dato un Governo fuori, sopra e contro ogni designazione parlamentare», e aggiunse: «Lascio ai malinconici cultori del supercostituzionalismo il compito di dissertare più o meno lamentosi su questo», concludendo laconicamente: «Avrei potuto fare di questa sorda e grigia aula un bivacco di manipoli […]. Avrei potuto chiudere il Parlamento e costituire un governo esclusivamente fascista. Avrei potuto ma non ho, almeno per questa prima volta, voluto» (32).

Dunque, in sostanza, limito l'oggetto di questa discussione sul populismo di destra e le riforme costituzionali in Italia al tema dell'antiparlamentarismo, inteso come una corrente del populismo che domina l'approccio del governo attuale alle riforme.

---

(28) F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia: 'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, cit., pp. 520 e ss.
(29) L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 2018, pp. 515 e ss.
(30) U. Eco, A *passo di gambero. Guerre calde e populismo mediatico*, Milano, 2016, pp. 49 e ss.
(31) A. Scurati, *Fascismo e populismo. Mussolini oggi*, Milano, 2023.
(32) Il brano è riportato ora da F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia: 'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, cit., p. 522.

Una volta così delimitato il tema, è necessaria una semplice precisazione metodologica. Il tema del Parlamento all'interno del sistema costituzionale attiene evidentemente anche alla forma di governo, la quale non si compone solo di norme formalmente costituzionali. Essa implica un ruolo speciale, almeno per quanto riguarda le disposizioni elettorali e quelle relative ai partiti politici, che in Italia – come altrove, per esempio in Germania – sono formalmente legislative. Mi occuperò quindi di disposizioni materialmente costituzionali, anche se non sempre formalmente tali (33).

2. Il populismo antiparlamentarista insito nella proposta di riforma costituzionale per introdurre il c.d. premierato

L'antiparlamentarismo dell'attuale maggioranza parlamentare in materia di riforme costituzionali emerge chiaramente, a mio avviso, dal disegno di legge costituzionale che introduce quello che in Italia è stato chiamato "premierato" (34) e, specialmente, dalle sue conseguenze in materia di legislazione elettorale.

Con questa espressione poco tecnica, "premierato", ci si riferisce sostanzialmente a una serie di forme parlamentari di governo generalmente raggruppate con l'intento di individuare quelle che realizzano una sorta di primato dell'esecutivo. In sostanza, nella letteratura italiana, questa categoria include forme di governo molto diverse tra loro, dal modello britannico al cosiddetto cancellierato tedesco. Si tratta di forme di governo che dovrebbero garantire maggiore forza e stabilità all'esecutivo, con un governo derivante in qualche modo da una scelta diretta degli elettori, almeno secondo la concettualizzazione fornita dalla scienza politica e poi adottata, in modo acritico, anche dalla dottrina costituzionalistica.

Queste forme di governo – invero assai eterogenee sul piano costituzionalistico – vengono quindi prese a modello nei progetti di riforma. In realtà, quello proposto dall'esecutivo in carica realizza un modello di governo che ha poco a che fare con gli esempi citati. Essi, infatti, costituiscono varianti della forma di governo parlamentare, con alcune razionalizzazioni costituzionali (come in Ger-

(33) Sulla concorrenza, nella determinazione della forma di governo, di disposizioni costituzionali, legislative (in particolare elettorali) ed anche elementi di fatto del sistema politico, si veda brevemente ma efficacemente A. Mangia, *Trent'anni dopo. L'Ingegneria costituzionale e le Riforme*, in *Giustizia insieme*, 24 maggio 2024. V. anche F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981, pp. 7 e ss., e A. Vuolo, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Napoli, 2017, pp. 15 e ss.

(34) È il disegno di legge n. 935, *Modifiche agli artt. 59, 88, 92 e 94 Cost. per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*. Sul disegno di legge in generale, v. S.E. Pizzorno, *Il disegno di legge costituzionale ad iniziativa governativa volto a introdurre il premierato. Considerazioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2024, pp. 5 e ss.

mania) o, si potrebbe dire, elettorali (come nel Regno Unito). In verità, il modello presentato può più facilmente essere ascritto al cosiddetto neo-parlamentarismo, o pseudo-parlamentarismo (35), coniato in origine da Maurice Duverger, che ha trovato applicazione concreta in Italia a livello sub-statale (36).

Aderendo a tale modellistica duvergeriana, il Governo ha assegnato alla riforma proposta – così sembra dalla relazione al disegno di legge – due obiettivi: rendere più stabili i governi italiani; consentire la derivazione diretta del Presidente del Consiglio dal voto degli elettori.

Circa la necessità di rendere più stabili i governi italiani, in sé e per sé, c'è poco da dissentire: l'Italia ha avuto circa 70 governi in 80 anni (ma – si badi – solo 30 Presidenti del Consiglio). Va però osservato che, per molti anni, l'instabilità dei governi è stata accompagnata da un'eccezionale stabilità della formula politica e del partito dominante l'esecutivo, che ha guidato il Paese dal 1946, nascita della Repubblica, fino al 1992 (37). L'instabilità è diventata endemica in relazione alle formule politiche di maggioranza – con tale espressione intendendo la coalizione di partiti a sostegno del Governo – solo dopo la caduta del Muro di Berlino, che rese inaccettabile il mantenimento al potere di un sistema di partiti in cui le pratiche corruttive

(35) Questa l'espressione usata in L. Spadacini, F. Bassanini, D. Casanova, *L'evoluzione della forma di governo regionale e la sua possibile riforma*, in *Regioni sì, ma non così. Riflessioni e proposte in memoria di Valerio Onida*, a cura di G. Amato, F. Bassanini, G. Macciotta, Bologna, 2015, pp. 315 e ss.

(36) C. Fusaro, *La forma di governo regionale*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi, M. Olivetti, Torino, 2001, p. 84, per un modello simile ha proposto la definizione di "governo di legislatura con premier elettivo", che sembra rimandare a quella elaborata a suo tempo dal "Gruppo di Milano", sulla base di un modello elaborato dal *Club Jean Mulin* per un "*gouvenement de législature élu au suffrage universel*" (si veda S. Galeotti, *Per il rimodellamento della forma di governo in "governo di legislatura"*, in *Verso una nuova Costituzione*, a cura del Gruppo di Milano, vol. 1, Milano, 1983, pp. 392 e ss.) e in qualche modo ripreso da A. Barbera, *Un'alternativa neoparlamentare al presidenzialismo*, in *Democr. e dir.*, 1990, pp. 43 e ss. (ma v. anche G. Pitruzzella, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1997, pp. 223 e ss.). Parla di forma di governo "neopresidenziale" E. De Marco, *La nuova autonomia statutaria e la forma di governo regionale*, in *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di V. Angiolini, L. Violini, N. Zanon, Milano, 2002, p. 109. Sulla nuova forma di governo regionale, v. anche: A. Barbera, *La "elezione diretta" dei Presidenti delle Giunte regionali: meglio la soluzione transitoria?*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, pp. 572 e ss.; S. Mangiameli, *Aspetti problematici della forma di governo e della legge elettorale regionale*, in *Regioni*, 2000, pp. 563 e ss.; A. Ruggeri, *In tema di elezione diretta dei Presidenti regionali e di altri profili attinenti all'organizzazione regionale (prime notazioni)*, in *Regioni*, 1999, pp. 1067 e ss.; M. Volpi, *Considerazioni di metodo e di merito sulla legge costituzionale 1/1999*, in *Politica del diritto*, 2000, pp. 203 e ss.

(37) Con una brevissima interruzione tra il 1981 e il 1982, quando la Presidenza del Consiglio fu rivestita dal repubblicano Spadolini e una più significativa – tra il 1983 e il 1987 – quando la Presidenza fu del socialista Craxi; in ogni caso, anche le maggioranze a sostegno di quei Governi erano dominate sempre dalla Dc, come per il resto della c.d. Prima Repubblica.

risultavano pervasive (38), con la conseguente emersione di nuove forze politiche e una predominanza di tipo populista nel novo centrodestra guidato da Berlusconi.

Quanto alla necessità di dare voce diretta agli elettori nella formazione del Governo, ritengo si tratti di un obiettivo politico del tutto legittimo, dato che in Italia non hanno mai funzionato quelle convenzioni politiche che, in altri Paesi a forma di governo parlamentare, rendono comunque abbastanza prevedibile per gli elettori quale sia la personalità destinata alla guida del governo a seguito delle elezioni parlamentari. Spesso, in Europa, la guida del governo è affidata al leader del partito più grande, o – più precisamente – del partito più grande della coalizione di governo, come certamente avviene nel Regno Unito, in Germania o Spagna, benché in assenza, in tutti i contesti citati, di una regola costituzionale o legislativa in tal senso. In Italia, ciò non è mai accaduto in pratica, se non nei casi dei Governi De Gasperi (nella prima legislatura) e – più recentemente – con gli esecutivi guidati da Berlusconi o Meloni. Del resto, la coincidenza della leadership del partito maggiore con quella del Governo non è una regola costituzionale vera e propria – bensì al più una regolarità – in nessun sistema parlamentare, tant'è che oggi ciò non accade, per esempio, nei Paesi Bassi, a dimostrazione del fatto che la dissociazione tra guida del governo e leadership del partito di maggioranza in Parlamento è una possibilità intrinseca nelle forme parlamentari, almeno quando vi sono problematiche di coesione della maggioranza e di legittimazione politica reciproca tra le forze politiche presenti nelle assemblee rappresentative.

Tuttavia, questo obiettivo politico – l'emersione elettorale diretta del Presidente del Consiglio – viene perseguito, nella proposta di riforma costituzionale del Governo, attraverso una tecnica molto discutibile e – come cercherò di argomentare – portatrice di una concezione antiparlamentare e populista nell'approccio alla forma costituzionale di governo da parte dell'attuale maggioranza, anzitutto perché pretende di sostituire la rappresentanza popolare per il tramite di assemblee collegiali con quella unitaria di un capo dell'esecutivo (39).

È quindi necessario vedere come questi obiettivi politici – dare voce agli elettori nella scelta della guida del Governo e stabilizzare quest'ultimo – vengono perseguiti (40).

---

(38) Come frutto – forse – della mancanza di una concreta alternativa di governo, che era a sua volta causata dalla prevalenza, nell'opposizione, di un partito comunista a lungo tempo – almeno fino tutti gli anni Settanta – legato all'URSS, ossia alla potenza che, nel sistema bipolare allora vigente, dominava il blocco comunista, antitetico a quello occidentale cui l'Italia era stata assegnata dopo la Seconda Guerra mondiale.

(39) Sul punto si veda M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista Aic*, 2018, p. 8, che richiama il Secondo Impero francese dove il Capo "è investito "di una specie di diritto divino", divenendo sovrano per grazia del popolo", secondo "la fulminante definizione di C. Marx, *Il Diciotto Brumaio di Luigi Bonaparte*, Cap. II ("Er ist vom Volkes Gnaden")".

(40) Sulla proposta governativa, tra i numerosi contributi, si vedano I. Ciolli, *Le democrazie sotto stress e il pasticciaccio brutto del premierato*, in *Costituzionalismo.it*, 2024, pp. 87 e ss., e A. Mastropaolo, L. Revelli, *Le parole sono importanti: osservazioni sul testo della proposta di riforma costituzionale per l'introduzione del premierato in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, 2024, pp. 70 e ss.

A tal fine, la proposta governativa, attualmente in corso di approvazione al Senato, introduce l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri. Non si adotta, però, una forma di governo presidenziale, come negli Stati Uniti, né una semipresidenziale come in Francia. In effetti, si adotta una forma di governo simile a quella sperimentata in Israele tra il 1992 e il 1997 (41).

Quel sistema non funzionò in Israele, principalmente perché, pur mantenendo il rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento, veniva eletto un capo del Governo spesso incapace di trovare una maggioranza nelle Camere, mentre una maggioranza nelle Camere non poteva formarsi se non in sintonia con il premier eletto.

Per evitare i malfunzionamenti dell'esperimento israeliano, la proposta italiana prevede una soluzione drastica che, come vedremo, potremmo definire come tipicamente italiana, antiparlamentare e populista: si prevede che al Presidente del Consiglio eletto sia garantita per disposizione costituzionale una maggioranza assoluta di seggi in entrambe le Camere (*rectius*: si prevede che la maggioranza di entrambe le Camere sia assegnata a liste per le elezioni parlamentari che siano collegate al Presidente del Consiglio eletto). Inoltre, per stabilizzare la maggioranza parlamentare, si dispone che le Camere vengano sciolte quando gli neghino o gli revochino la fiducia, anche se, negli altri casi di cessazione della carica del Presidente del Consiglio (anzitutto per dimissioni volontarie), si conferisca di fatto a costui il potere di provocarne lo scioglimento. Qualora il Presidente eletto non eserciti tale potere, si consente, però, al Presidente della Repubblica, per una sola volta durante la legislatura, di nominare un nuovo Governo, presieduto dal Presidente del Consiglio eletto che si era dimesso o da un nuovo Presidente del Consiglio che, benché non eletto direttamente, potrà ugualmente restare in carica a condizione di avere il sostegno di entrambe le Camere (42).

Mi pare che questa succinta sintesi della proposta ne riveli la radice antiparlamentare, come risulta dalle seguenti caratteristiche.

Anzitutto, il meccanismo introdotto fa sì che la composizione delle Camere non sia più il risultato diretto (né secondo un metodo proporzionale né secondo un metodo maggioritario uninominale) della scelta degli elettori in un voto rivolto alla selezione dei parlamentari. Al contrario, la composizione delle Camere sarà derivata dall'elezione di un altro organo, cioè dall'elezione del Capo del Governo (43).

---

(41) Sul punto si vedano J.O. Frosini, *Il sistema "primo-ministeriale": una quinta forma di governo?*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 297 e ss., e E. Ottolenghi, *Sopravvivere senza governare: l'elezione diretta del primo ministro in Israele*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2002, pp. 239 e ss.

(42) Questo il testo licenziato dal Senato dopo la prima lettura (Camera dei deputati, Disegno di legge costituzionale approvato, in prima deliberazione, dal Senato della Repubblica il 18 giugno 2024, v. stampato Senato n. 935).

(43) Secondo R. Calvano, *I limiti alla revisione costituzionale e il convitato di pietra degli italiani all'estero nei D.D.L. sul "premierato"*, in *Nomos*, 2024, p. 9, "l'elezione delle Camere diverrebbe in

Una volta eletto il Presidente del Consiglio, deve essergli garantita in ogni caso una maggioranza assoluta dei seggi in entrambe le Camere. Il metodo con cui si elegge il Premier – se a turno unico o doppio, e se il secondo turno avrà luogo solo nel caso in cui nessuno superi una certa soglia (si parla del 40% dei voti) oppure la maggioranza assoluta al primo turno – non è specificato nella riforma costituzionale. Quello che è specificato, tuttavia, è che in ogni caso al Presidente del Consiglio deve essere garantita la maggioranza assoluta dei seggi in entrambe le Camere (44). Pertanto, la maggioranza dei seggi è garantita anche quando la coalizione legata al candidato sconfitto ha ottenuto più voti di quella del vincitore, addirittura anche nell'ipotesi in cui la coalizione legata a un candidato presidente sconfitto abbia ottenuta la maggioranza assoluta dei voti popolari. Inoltre, è garantita anche quando il candidato vincitore è legato a liste che hanno un consenso bassissimo. Ad esempio, (45) un personaggio molto noto, capace di attrarre voti su di sé, ma senza legami con forze politiche strutturate, potrebbe vincere con il 41% dei voti come candidato Premier, mentre le liste a lui collegate potrebbero ottenere solo il 10% o addirittura il 5% dei voti. Eppure, queste liste avrebbero il 51% dei seggi in Parlamento. In caso di ballottaggio, potrebbe accadere che vinca il candidato arrivato secondo al primo turno. Ad esempio: il candidato con più voti potrebbe aver ottenuto il 39% delle preferenze, il secondo il 25%; quest'ultimo, però, potrebbe vincere al ballottaggio, cosicché le liste a lui collegate – magari con il 30% o anche solo il 20% dei voti – otterrebbero comunque il premio del 51% dei seggi. Infine, gli è garantita la maggioranza anche quando la sua vittoria dipende in modo decisivo dal voto degli italiani all'estero. Questi sono circa 5 milioni, contro i circa 50 milioni di elettori residenti in Italia. Attualmente, gli

---

parte indiretta". Infatti, risulta "capovolto quel rapporto tra Assemblee parlamentari e Governo che dovrebbe vedere l'organo rappresentativo della sovranità popolare conferire la fiducia al Governo e restare in una posizione di guida della maggioranza parlamentare e partecipe della funzione dell'indirizzo politico" (I. Ciolli, *Le democrazie sotto stress e il pasticciaccio brutto del premierato*, cit., p. 110). Parla di "inversione del rapporto tra Parlamento e Governo", capace di intaccare "le stesse basi di quella "democrazia rappresentativa" che viene definita nell'art. 1 della nostra Carta costituzionale" con la conseguenza che tale inversione "va a incidere in quella "forma repubblicana" che la stessa Costituzione, nell'art. 139, sottrae a revisione costituzionale" E. Cheli, *Audizione sui disegni di legge n. 935 e 830 (modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri)*, Senato della Repubblica, 13 dicembre 2023.

(44) Infatti, "la vera essenza di questa riforma è l'introduzione in Costituzione di un principio ipermaggioritario (assegnazione del 55% dei seggi alla coalizione o partito legato al candidato premier che prende un voto in più rispetto a tutti gli altri concorrenti) che – è facile evidenziarlo – stravolge l'intero impianto costituzionale", secondo F. Politi, *Uno pseudo-premierato che nasconde la costituzionalizzazione di un sistema elettorale iper-maggioritario*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2023, p. 2.

(45) Come osserva R. Calvano, *Testo per l'audizione sul DDL Modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri, AC n. 1921 e n. 1354*, Camera dei deputati, 16 luglio 2024, p. 5.

italiani all'estero eleggono solo 12 parlamentari su 600. Ma nell'elezione diretta del Premier, il voto di ciascuno di loro peserà quanto quello dei residenti in Italia, e potrebbe determinare l'assegnazione di centinaia di seggi (46) delle circoscrizioni del territorio nazionale (47).

In secondo luogo, la legittimazione politica dei parlamentari eletti in questo modo sarà molto bassa. Essi saranno eletti in funzione dell'elezione del Premier, e non per il consenso personale ricevuto e nemmeno per quello della lista nella quale sono candidati. Questo meccanismo è dunque delegittimante per il Parlamento e svuota la possibilità di ricostruire un sistema rappresentativo minimamente strutturato.

Inoltre, questi parlamentari saranno fortemente limitati nella loro libertà. Saranno eletti con lo scopo di sostenere un Premier, e, se voteranno contro di lui, le Camere verranno sciolte. Ma, anche se manifestassero un dissenso senza arrivare a votarne la sfiducia, il Premier eletto potrà determinarne lo scioglimento, per il tramite di sue dimissioni (48). Si tratta dunque di una soluzione che cozza con la libertà del mandato parlamentare che, quale principio costituzionale superprimario, difficilmente può essere derogato o eluso (49).

---

(46) Consideriamo casi effettivamente verificatisi quando la Camera dei deputati è stata eletta con un sistema con premio di maggioranza: elezioni del 2006, del 2008 e del 2013. Con riferimento alle lezioni del 2006, uno scostamento dei risultati di soli 25.000 voti verso il centrodestra avrebbe comportato 65 deputati di centrosinistra in meno e 65 deputati di centrodestra in più. Nelle elezioni del 2013, uno scostamento di 130.000 voti a favore del centrodestra avrebbe comportato l'elezione di 215 deputati di centrosinistra in meno e altrettanti in più di centrodestra. Come si vede, dunque, la frazione di parlamentari che deve l'elezione al risultato complessivo della coalizione (e, in prospettiva, del candidato Presidente del Consiglio), in sistemi elettorali simili, è potenzialmente molto elevata e può dipendere da un numero di voti molto esiguo (in teoria ne basta uno solo, ovviamente). Ne consegue che l'esigua aliquota di voti che fa prevalere una coalizione sull'altra potrebbe dipendere esclusivamente dal voto degli italiani all'estero. Infatti, a seguito di una prevalenza esigua di un candidato presidente del consiglio nelle circoscrizioni nazionali, la maggior prevalenza di altro candidato nelle circoscrizioni estere potrebbe determinare il sopravanzamento di quest'ultimo a livello complessivo, con le conseguenze descritte in termini anche di centinaia di seggi sul riparto nazionale dei parlamentari.

(47) R. Calvano, *Testo per l'audizione sul DDL Modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri, AS n. 935 e n. 830*, Senato della Repubblica, 6 dicembre 2023, e *Id.*, *Una prima lettura del progetto di legge di revisione costituzionale sul "premierato", alla luce delle pagine di "costituzione e politica" di Enzo Cheli*, in *Nomos*, 2023, pp. 11 e ss.

(48) Laddove "il Primo ministro goda di legittimazione popolare diretta e sia legato al Parlamento da un rapporto *simul, simul*, in quanto la sfiducia o le sue dimissioni determinino anche lo scioglimento dell'assemblea, si realizza una forma di governo sbilanciata che mantiene solo formalmente l'elemento fiduciario ma, trasfigurandolo, non può dirsi affatto parlamentare (M. Betzu, *Il premierato e la trasfigurazione della fiducia parlamentare*, in *Rivista Aic*, 2025, p. 284, che in proposito richiama L. Elia, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 2602).

(49) Per una valutazione di incompatibilità tra principio di divieto di vincolo di mandato e sistemi elettorali con premio di maggioranza, in generale, nonché la proposta di premierato, in particolare, sia consentito rinviare a L. Spadacini, *Il divieto di mandato imperativo e la responsabilità politica del*

Si tratta dunque di una proposta che si iscrive all'antiparlamentarismo populista e che traduce una concezione della democrazia intollerante ai limiti e alle forme secondo cui essa deve essere esercitata per corrispondere ai principi del costituzionalismo liberaldemocratico.

In particolare, la proposta sembra in evidente tensione con il principio di separazione dei poteri, che opera in maniera differente anche nelle forme parlamentari di governo (50). Infatti, le forme di governo si distinguono a seconda della legittimazione dell'esecutivo: nei sistemi presidenziali essa è diretta, mentre nei sistemi parlamentari deriva dal Parlamento. Tuttavia, il diritto costituzionale comparato

---

parlamentare di fronte al principio democratico, in *Rafforzare la democrazia. Per un voto libero e un mandato responsabile*, a cura di A. Pertici, N. D'Anza, N. Strangis, Torino, 2025, pp. 151 e ss. V. accenni in questo senso in: R. Calvano, *I limiti alla revisione costituzionale e il convitato di pietra degli italiani all'estero nei D.D.L. sul "premierato"*, in *Nomos*, 2024, p. 9; P. Ciarlo, *Assemblea supersolubile e dispotismo del primo ministro*, in *https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/CIAR/CIARLO-Assemblea-supersolubile.pdf*, p. 7; A. Spadaro, *Il premierato "all'italiana". Il caso singolare di un primo ministro sempre dimissionario per mozione di sfiducia "respinta"*, in *forumcostituzionale.it*, maggio 2006, p. 11; A. Lanzafame, *Le simmetrie necessarie. Italicum, forma di governo e disposizioni costituzionalmente consequenziali*, in *Rivista Aic*, 2015, pp. 17 e ss.; S. Rossi, *Brevi note sullo Statuto "minimo" dell'opposizione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021; M. Olivetti, *La forma di governo nel Ddl Senato n. 2544: seconda repubblica o secondo impero?*, in *https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/OLIV/OLIVETTI-Forma-di-governo-21_04_04.pdf*, p. 6. Si veda anche D. De Lungo, *Il premio di maggioranza alla lista, fra governabilità e legittimità costituzionale. Considerazioni (anche) a valle della sent. 35/2017*, in *Rivista Aic*, 2017, p. 7, secondo cui non «possono ipotizzarsi congegni antitrasformistici definitivi per scongiurare ex post la scomposizione del "listone acchiappatutti" o del partito pluricorrentizio, che si porrebbero in contrasto col divieto di mandato imperativo sancito dalla Carta costituzionale». Anche T.E. Frosini, *Nuova legge elettorale e vecchio sistema politico?*, in *Rass. parlam.*, 2006, sostiene che violerebbe il divieto di mandato imperativo ogni sanzione che colpisse il parlamentare che determina lo sfaldamento della coalizione cui appartiene. In particolare, si veda la *Memoria* di F. Lanchester per la I Commissione Affari costituzionali del Senato in *https://www.senato.it/application /xmanager/projects/leg19/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/428/537/Memoria_Prof._Lanchester.pdf*, in cui l'Autore sostiene che la riforma proposta «istituisce sostanzialmente un obbligo di mandato imperativo in testa dei parlamentari in violazione palese dell'art. 67 Cost. con il necessario richiamo alla volontà espressa in sede elettorale». Infine, C. De Fiores, M. Della Morte, *Le insidie del premierato*, in *il Mulino*, 11 dicembre 2023, sostengono: «La disposizione anti-ribaltone rappresenta il fiore all'occhiello del disegno di revisione: una norma giuridicamente sgangherata che, nel tentativo di blindare la durata degli esecutivi e, attraverso essi, l'intera legislatura, finirebbe per blindare anche il vincolo di ubbidienza dei parlamentari di maggioranza al loro capo: non solo a quello eletto, ma eventualmente anche al suo successore. Con buona pace dell'art. 67 della Costituzione, della rappresentanza della nazione e del divieto di mandato imperativo».

(50) Sulla contraddittorietà della riforma con il principio di separazione di poteri, v.: A.I. Arena, *Revisione della forma di governo e rispetto dei principi fondamentali (riflessioni a margine della proposta di legge a.s. n. 935)*, in *Consultaonline*, 2024, pp. 669 e ss.; A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista Aic*, 2023, p. 312; V. Pupo, *Premierato, prerogative del Presidente della Repubblica ed equilibri istituzionali*, in *Italian papers on federalism*, 2024, p. 80; M. Ruotolo, *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, p. 180.

non conosce casi di derivazione indiretta del Parlamento dall'esecutivo. Quando l'elezione diretta dell'esecutivo è prevista – come nei sistemi presidenziali – allora funziona anche un sistema molto più forte di checks and balances (pesi e contrappesi) (51). Basti pensare al sistema statunitense, con i suoi meccanismi di controllo tra organi reciproco, completamente assenti nella proposta di riforma italiana. Negli Stati Uniti, le Camere hanno una legittimazione autonoma e piena. Il Presidente può trovarsi in minoranza in entrambe le Camere. La Camera dei Rappresentanti viene rinnovata ogni due anni; il Senato, durante le elezioni presidenziali, viene rinnovato solo per un terzo. Inoltre, il Presidente non può mai sciogliere il Parlamento. E anche quando la maggioranza delle Camere coincide con il partito del Presidente, i parlamentari restano molto autonomi e non sono affatto dipendenti dal Presidente (anche se questo tratto si è attenuato con l'attuale e inedita polarizzazione del sistema politico statunitense).

In sintesi, questa intolleranza verso gli strumenti di limitazione del potere, che sono tratti essenziali del costituzionalismo, dimostra i rischi dell'approccio populista alle riforme costituzionali che caratterizza l'attuale maggioranza populista di destra al governo in Italia.

3. Premio di maggioranza e populismo antiparlamentarista: non solo la destra, non solo oggi

Pur essendo chiaro che la proposta dell'attuale maggioranza sia di stampo populista, occorre precisare che questo approccio, in Italia, non è riconducibile esclusivamente alla destra. In effetti, proposte simili – molte delle quali realizzate – hanno caratterizzato l'intera storia costituzionale italiana a partire dagli anni Venti dello scorso secolo e, durante il periodo repubblicano, esse hanno contraddistinto, dagli anni Novanta in poi, i livelli di governo sub-statali. Inoltre, una buona parte delle forze politiche, non solo di destra, ma anche di centro e di sinistra, in periodi diversi hanno sostenuto proposte di riforma costituzionale analoghe a livello statale (52).

---

(51) La mancanza d'equilibrio nella costruzione dei checks and balances che debbono caratterizzare un sistema con elezione diretta del vertice dell'esecutivo è sottolineata da gran parte della dottrina: G. Azzariti, *Appunto per l'audizione innanzi alla commissione affari costituzionali del Senato della repubblica sull'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri (D.D.L. n. 935 e 830)*, Senato della Repubblica, 5 dicembre 2023, pp. 1 e ss.; B. Pezzini, *Audizione D.D.L. 993-830 (modifiche costituzionali. Introduzione elezione diretta del Presidente del Consiglio)*, Senato della Repubblica, 6 dicembre 2023; M. Volpi, *L'elezione diretta del vertice del potere esecutivo nell'esperienza degli Stati democratici: perché i difetti superano i pregi*, in AA.VV., *Costituzione, quale riforma? La proposta del Governo e la possibile alternativa*, Firenze, 2024, p. 45.

(52) Vedi A. Mastropaolo, *La democrazia è una causa persa?*, Torino, 2011, pp. 210 e ss., il quale sostiene che l'antiparlamentarismo è endemico nella storia italiana.

In sostanza, sembra che l'approccio antiparlamentare dimostrato dalle forze populiste attualmente al governo non sia un tratto esclusivamente "di destra" ma esprima un carattere antiparlamentare più diffuso e radicato, presente nell'intero spettro politico italiano e da molto tempo.

Si può argomentare questa asserzione attraverso alcuni riferimenti storici, in grado di mostrare che sistemi come quello oggi proposto sono stati largamente condivisi e adottati in modo trasversale nel sistema politico italiano, per il tramite dell'adozione di meccanismi che alterano la composizione delle Camere attraverso un premio di maggioranza (53). Anche quando ciò è avvenuto senza una esplicita disposizione di rango costituzionale o legislativo volta a realizzare l'elezione diretta del capo dell'esecutivo, la sola previsione di meccanismi elettorali con premio di maggioranza invera sostanzialmente quei meccanismi di svuotamento dell'autonomia delle assemblee rappresentative che contrasta con la necessaria posizione dei parlamenti in un sistema improntato al costituzionalismo liberale.

Va evidenziato, del resto, che nessuna democrazia al mondo (54) (con la parziale eccezione della Grecia (55)) presenta simili meccanismi a livello dei parlamenti nazionali. Invece essi sono stati proposti o realizzati in Italia con una certa sistematicità, come risulta dai seguenti precedenti storici.

Il capostipite di questi esperimenti è stata la cosiddetta legge Acerbo del 18 novembre 1923, n. 2444, che prendeva il nome dal deputato Giacomo Acerbo di cui fu il relatore. Durante il Regno d'Italia, essa fu adottata per le elezioni politiche del 1924 e introduceva un premio di maggioranza all'interno di un sistema proporzionale (56). Fu voluta da Benito Mussolini per assicurare una solida maggioranza parlamentare al Partito Nazionale Fascista, ma fu votata anche da Popolari e Liberali (del resto i fascisti avevano solamente 35 deputati su 535 nella legislatura che la approvò). La legge stabiliva che il partito più votato, superata la soglia del 25%, avrebbe ottenuto i 2/3 dei seggi.

Il secondo esempio di sistemi simili a quello proposto dal Governo è dato dalla cosiddetta legge Scelba del 31 marzo 1953, n. 148, meglio nota come "legge truf-

(53) È un argomento già esposto in A. Floridia, L. Spadacini, *Il sistema elettorale. Una legge elettorale per rafforzare la democrazia parlamentare*, in AA.VV., *Costituzione, quale riforma? La proposta del Governo e la possibile alternativa*, cit., pp. 94 e ss.

(54) Si vedano A. Chiaramonte, *Il premio di maggioranza: cosa è, come varia, dove è (stato) applicato*, in *Il premio di maggioranza. Origini, applicazioni e implicazioni di una peculiarità italiana*, a cura di Id., G. Tarli Barbieri, Roma, 2011, pp. 16 e ss., e D. De Lungo, *Il premio di maggioranza alla lista, fra governabilità e legittimità costituzionale. Considerazioni (anche) a valle della sentenza n. 35 del 2017*, in *Rivista Aic*, 2017, pp. 2 e ss.

(55) D. De Lungo, *Il premio di maggioranza alla lista, fra governabilità e legittimità costituzionale. Considerazioni (anche) a valle della sent. 35/2017*, cit., p. 2.

(56) In merito si vedano D. Breschi, *La legge Acerbo e la resa incondizionata della classe politico-parlamentare italiana*, in *Parlamento e storia d'Italia*, a cura di V. Casamassima, A. Frangioni, Pisa, 2012, pp. 71 e ss., e V. Capperucci, *L'eredità della legge Acerbo nel dibattito politico repubblicano sulle riforme elettorali. Dalla Commissione Forti al Rosatellum*, in *Il Presente Storico*, 2024, pp. 205 e ss.

fa" (soprannome usato soprattutto durante la successiva campagna elettorale), che modificava la legge elettorale del 1946 introducendo un premio di maggioranza che assegnava il 65% dei seggi alla Camera dei deputati alla lista o gruppo di liste collegate che avessero superato il 50% dei voti validi (57). Tuttavia, i partiti collegati per le elezioni del 1953 ottennero il 49,8% dei voti e il premio non scattò per circa 54.000 voti (lo 0,2%). La legge fu dunque abrogata nel 1954. Era un meccanismo il cui tasso di antiparlamentarismo era molto meno accentuato di quello della legge Acerbo, perché subordinava il premio di maggioranza a una soglia del 50% dei voti validi, ma simile era la concettualizzazione del sistema costituzionale e del ruolo del Parlamento che presupponeva. Tale riforma elettorale, peraltro, non provenne dalla destra ma, invece, fu di iniziativa e votata da partiti moderati.

Il terzo precedente rilevante si verifica negli anni Novanta, con riferimento alla forma di governo degli enti locali, modificata dalla L. 25 marzo 1993, n. 81, con il supporto delle forze politiche di centro e di sinistra. È la legge, tutt'ora in vigore per il livello comunale, che regolava l'elezione diretta dei sindaci, presidenti di provincia e relativi consigli (58). Il sindaco è eletto al primo turno se ottiene oltre il 50% dei voti, altrimenti si procede ad un turno di ballottaggio tra i due candidati più votati. Alla coalizione di liste, presentata per la distribuzione dei seggi del Consiglio, che sia collegata al candidato sindaco (o presidente della provincia) vincitore, è garantito il 60% dei seggi. Il modo come il sistema funziona può essere illustrato da un esempio realmente accaduto: le elezioni municipali a Parma nel 2012. Al primo turno, il candidato sindaco del MoVimento 5 Stelle ottenne il 19,5% dei voti e la lista a sé collegata il 19,9%; il candidato sindaco del centrosinistra ottenne il 39,2% e le liste a sé collegate il 43,2%. Al ballottaggio, però, prevalse col 60,2% dei voti il candidato del MoVimento 5 Stelle, con il risultato che, quanto ai seggi del consiglio, il M5S, con il 19,5% delle preferenze, ottenne 21 seggi su 33, corrispondenti ai 2/3 del totale, con buona pace di ogni residua capacità rappresentativa del Consiglio comunale.

Il quarto precedente attiene al sistema per l'elezione dei Presidenti di Regione e dei Consigli regionali secondo la riforma costituzionale del 1999 (59), approvata

(57) Si vedano M.S. Piretti, *La legge truffa. Il fallimento dell'ingegneria politica*, Bologna, 2003, e G. Quagliariello, *La legge elettorale del 1953*, Bologna, 2003.

(58) Si vedano in tema: A. Agosta, *La formazione degli ordinamenti elettorali regionali e locali nel sistema politico italiano*, in *Cittadini e rappresentanza in Europa. I sistemi elettorali nelle regioni e nei comuni*, a cura di G. Riccamboni, Milano, 1992, pp. 115 e ss.; A. Morelli, *Riflettendo su trent'anni di elezioni dirette: eredità e sfide della legge n. 81 del 1993*, in *Regioni*, 2023, pp. 623 e ss.; F. Musella, Il *modello dell'elezione diretta e il suo impatto sulle dinamiche di governo a livello locale e regionale*, in *Regioni*, 2023, pp. 649 e ss.; G. Tarli Barbieri, I *sistemi elettorali comunali anche alla luce delle elezioni del maggio 2015: ripensare la rivoluzione del 1993?*, in *Regioni*, 2015, pp. 734 e ss.

(59) Nella prima fase dell'esperienza regionale, conclusasi nel 1995, i Consigli regionali erano eletti mediante un sistema proporzionale sostanzialmente puro. Il Presidente della Giunta veniva nominato dal Consiglio regionale, talvolta mediante voto segreto, spesso contestualmente alla designazione

con ampio consenso da parte di centrodestra e centrosinistra (60). Sulla base di essa, il candidato più votato alla carica di Presidente regionale diventa presidente (senza che sia prevista, in questo caso, alcuna soglia in mancanza di superamento della quale si debba almeno procedere a ballottaggio) e alla sua coalizione è garantita la maggioranza del consiglio regionale (61). Anche qui un esempio può aiutare a capire il meccanismo: si tratta delle elezioni regionali del 2015 in Liguria. Fu eletto Presidente il candidato di centrodestra, che ottenne il 34,5% dei voti. Le liste a lui collegate ottenevano il 37,7% ma ad esse furono assegnati 17 seggi su 32, distorcendo completamente la rappresentanza del Consiglio.

Quinto precedente: la proposta di riforma costituzionale del 2005 del centrodestra, che prevedeva una modifica della forma di governo, imponendo che le Camere fossero composte in modo da garantire sempre una maggioranza alla coalizione vincente. Ciò implicava – ovviamente – un sistema elettorale con premio di maggioranza, poiché né i sistemi proporzionali né quelli uninominali maggioritari assicurano automaticamente una maggioranza in ogni caso. Inoltre, il Premier poteva sciogliere le Camere a piacimento, salvo che esse conferissero la fiducia a un nuovo governo, ma tale maggioranza poteva essere espressa solo dai parlamentari della "maggioranza inizialmente eletta" (62). Questa grande riforma, che modificava oltre 50 articoli della Costituzione, fu infine bocciata dal referendum popolare del 2006.

---

della lista degli assessori. In alcuni casi, le stesse deleghe assessorili erano attribuite direttamente con voto consiliare, in coerenza con il testo allora vigente dell'art. 122 della Costituzione. La Giunta regionale poteva essere revocata in qualsiasi momento dal Consiglio, prevalentemente tramite mozioni motivate e votate per appello nominale; inoltre, decedeva di regola anche in caso di dimissioni di un numero rilevante di assessori. Questo assetto istituzionale configurava una forma di governo regionale di tipo parlamentare, con una marcata tendenza assembleare, caratterizzata per lo più da instabilità e da pratiche consociative. Per la descrizione degli assetti di governo delle Regioni italiane prima della stagione delle riforme, si veda, L. Paladin, *Diritto regionale*, Sesta edizione interamente riveduta, Padova, 1997, pp. 289 e ss. Sulla forma di governo regionale precedente le riforme, v. C. Fusaro, *La legge elettorale e la forma di governo regionale*, in A. Barbera, L. Califano, *Saggi e materiali di diritto regionale*, Rimini, 1997, pp. 223 e ss. Rinviene "un'impronta consociativa" nei vecchi Statuti regionali A. Barbera, *Sui limiti dell'autonomia statutaria*, in *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di V. Angiolini, L. Violini, N. Zanon, Milano, 2002, p. 58.

(60) Con *centrodestra* e *centrosinistra* si indicano in Italia le principali coalizioni elettorali: la prima riunisce partiti conservatori, liberali e populisti; la seconda forze di ispirazione riformista, progressista o moderata.

(61) Sul punto si vedano: S. Catalano, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, Milano, 2008, pp. 70 e ss.; G. Pitruzzella, *Forma di governo regionale e legislazione elettorale*, in *Regioni*, 2000, pp. 504 e ss.; L. Spadacini, F. Bassanini, D. Casanova, *L'evoluzione della forma di governo regionale e la sua possibile riforma*, cit., pp. 315 e ss.

(62) In proposito, tra gli altri, v. P. Ciarlo, *Assemblea supersolubile e dispotismo del primo ministro*, in *Costituzione: una riforma sbagliata. Il parere di sessantatré costituzionalisti*, a cura di F. Bassanini, Firenze, 2004, pp. 340 e ss.; M. Olivetti, *La forma di governo nel D.D.L. Senato n. 2544: seconda repubblica o secondo impero?*, cit.; A. Spadaro, *Il premierato "all'italiana". Il caso singolare di un primo ministro sempre dimissionario per mozione di sfiducia "respinta"*, cit.

Sesto precedente: la legge elettorale c.d. Calderoli del 21 dicembre 2005, n. 270, anche nota con il nome volgare di "Porcellum" (63). Era una legge proporzionale con premio di maggioranza nazionale per la Camera e con venti distinti premi regionali per il Senato. Il premio, consistente nel 55% dei seggi, veniva assegnato alla coalizione vincente a livello nazionale alla Camera e regione per regione al Senato. La legge prevedeva che ogni coalizione esprimesse formalmente un capo, destinato – in sostanza, anche se ciò non veniva esplicitamente scritto – ad assumere la carica di Presidente del Consiglio. Anche in questo caso un esempio realmente accaduto può spiegare gli effetti del meccanismo: nelle elezioni del 2013 per la Camera dei deputati il centrosinistra, con il 29,55% dei voti ottiene il 55% dei seggi, a fronte del 29,18% del centrodestra, che ottiene 124 seggi, e del 25,56% del M5S, che ottiene 108 seggi (il Pd da solo, peraltro, con il 25,43% - quindi meno del M5S – ottiene addirittura 292 seggi).

Nel 2014, tuttavia, con la sent. 1/2014, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità parziale di tale meccanismo, annullando il premio di maggioranza (64). Vale la pena ricordare, però, che le Camere elette nel 2006, nel 2008 e nel 2013 furono composte con una legge elettorale incostituzionale.

Settimo precedente: la riforma costituzionale e la riforma elettorale del centrosinistra, durante il Governo Renzi, approvate dalle Camere nel 2016 (65).

---

(63) Con riferimento alla c.d. legge Calderoli, tra gli altri, v. G. Pasquino, *Cittadini senza scettro*, Milano, 2015, p. 127, il quale ha sostenuto che, impedendo ogni «possibilità di *accountabilty* dei singoli parlamentari», ha reso agli stessi «difficilissimo votare senza vincolo di mandato», posto che «se desiderano essere ricandidati in posizioni che ne garantiscano la rielezione il vincolo di mandato esiste eccome». V. anche: *Id.*, *La legge elettorale del 2005. Continuità o cambiamento?*, Bologna, 2006; R. D'Alimonte, A. Chiaramonte, *Proporzionale o maggioritario? Le elezioni politiche del 2006*, Bologna, 2006; O. Chessa, *La difficile convivenza tra premio di maggioranza e governo parlamentare*, in *La riforma elettorale*, a cura di F. Bassanini, Firenze, 2007, pp. 203 e ss.; M. Volpi, *Riforma elettorale e rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, 2012.

(64) Sul punto si vedano, tra gli altri: AA.VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte cost. 1/2014, dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della L. 270/2005*, in *Giur. cost*., 2014, pp. 629 e ss.; B. Caravita, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in *federalismi.it*, 17 gennaio 2014; M. D'Amico, S. Catalano, *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014; R. Dickmann, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza (Prime osservazioni a Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1)*, in *federalismi.it*, 17 gennaio 2014; G. Lodato, S. Pajno, G. Scaccia, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. 1/2014*, in *federalismi.it*, 2014; A. Rauti, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale 1/2014. Problemi e prospettive*, Napoli, 2014; G. Serges, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 2014; C. Spiniello, *Carte costituzionali e legislazioni elettorali: le ragioni di un inesauribile rapporto. Riflessioni sparse, in chiave comparata, a partire da alcuni recenti studi sul tema*, in *Nomos*, 2021.

(65) Sul punto, con opinione difforme, vedi A. Sterpa, *La proposta governativa di riforma costituzionale: il "semi-premierato"*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, p. 82. V. anche, con riguardo alla connessa legge elettorale: A. Gratteri, *Quali e quante leggi elettorali?*, in *Rivista Aic*, 2017; A. Lanzafame, *Le simmetrie necessarie. Italicum, forma di governo e disposizioni costituzionalmente*

Anch'essa era caratterizzata dal medesimo approccio antiparlamentare, soprattutto perché si prevedeva un sistema per eleggere l'unica Camera politica rimasta (la Camera dei deputati), con un premio di maggioranza alla lista più votata, cosicché il suo leader diventasse meccanicamente Premier. Secondo quel modello, nel caso nessuna lista avesse raggiunto il 40% dei voti, si sarebbe tenuto un ballottaggio nazionale tra le due liste più votate, e il vincitore avrebbe ottenuto il 55% dei seggi. Questa legge elettorale, detta "Italicum", dopo che anche la riforma costituzionale promossa dal centrosinistra risultò bocciata nel referendum popolare, fu censurata dalla Corte costituzionale, con la sent. 35/2017, e dunque non fu mai applicata (66).

4. Conclusioni

Sulla base di quanto detto, è possibile trarre alcune considerazioni conclusive sul tema proposto, che possono così essere schematizzate.

L'approccio alle riforme costituzionali da parte dell'attuale maggioranza parlamentare appartiene chiaramente alla famiglia del populismo. Il populismo della maggioranza di governo attuale, in materia di riforme costituzionali, appare caratterizzato, nello specifico, da un marcato antiparlamentarismo, che esalta il ruolo dell'esecutivo a scapito dell'effettività della rappresentanza parlamentare. Quasi come se la democrazia potesse concludersi nell'identificazione di un unico decisore monocratico, prescindendo dalla creazione di assemblee autonomamente legittimate e dunque dal sistema di separazione dei poteri che caratterizza ogni ordine costituzionale liberale. Tuttavia, l'antiparlamentarismo del centrodestra oggi al governo non sembra, nel contesto italiano, una modalità relegata a quella specifica area politica. Nel corso del tempo, un approccio antiparlamentare del tutto simile nelle soluzioni tecniche è stato adottato anche da forze politiche di centro e di sinistra, che quindi non sono state immuni da spinte populiste in ambito costituzionale del medesimo conio.

Curiosamente, sul piano costituzionale, la resistenza maggiore agli impulsi populisti, nella loro variante antiparlamentare, non è venuta dalle élite parlamentari o più in generale politiche, ma dal popolo stesso, che, per lo più attraverso lo strumento referendario (ma talora direttamente con il voto come accadde nel 1953),

---

consequenziali, cit., pp. 17 e ss.; N. Lupo, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti sulla L. 165/2017 in rapporto alla Costituzione*, in *federalismi.it*, 2017; A. Pertici, *La legge elettorale 52/2015 per la Camera dei deputati*, in E. Catelani, S. Panizza, R. Romboli, *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa, pp. 211 e ss.

(66) Sulla sent. 37/2017 si vedano: S. Ceccanti, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *federalismi.it*, 15 febbraio 2017; G. Ferri, *I sistemi elettorali delle Camere dopo le sentenze della Corte costituzionale (n. 1/2014 e 35/2017) e la L. 165/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017.

ha respinto tutti questi tentativi di riforma antiparlamentare, benché, almeno nella vulgata comune, proprio il referendum sarebbe lo strumento costituzionale più esposto a derive populiste. Con riferimento al descritto ultimo tentativo di riforma in corso, non sembra che il centrodestra possa essere fermato nelle Camere: sarà, dunque, ancora una volta il popolo a fermare i populisti?

Il saggio analizza la relazione tra populismo e riforme costituzionali nel contesto italiano contemporaneo, con particolare attenzione alle proposte di riforma dell'attuale maggioranza parlamentare di destra. L'autore adotta una prospettiva critica per esaminare in che modo l'approccio populista influenzi le proposte di revisione della forma di governo e la concezione della sovranità popolare, evidenziando la tensione tra il principio della rappresentanza parlamentare e l'adozione di legislazioni elettorali incentrate sul premio di maggioranza. Dopo una breve riflessione teorica sulle caratteristiche del populismo costituzionale, l'analisi si sofferma sulle proposte di introduzione del premierato elettivo, mettendo in luce il rischio di una riduzione della funzione parlamentare e di un indebolimento dei contrappesi democratici. Il saggio, però, mette in luce che forme di governo simili a quella ora proposta sono state propugnate nella storia costituzionali italiana fin dagli anni Venti del secolo scorso e che esse sono state fatte proprie non solo dalla destra ma anche dal centro e dalla sinistra. Curiosamente, peraltro, la vera resistenza al populismo costituzionale per il tramite di legislazioni elettorali con premio di maggioranza non è venuta tanto dalle élite, quanto dalla volontà popolare espressa attraverso il referendum, che ha ripetutamente bocciato tentativi di concentrazione del potere.

This article explores the relationship between constitutional reform and right-wing populism in contemporary Italy, focusing on the current government's proposal to introduce a directly elected Prime Minister. Through a constitutional law lens, the paper critically analyses the populist features of this proposal, especially its anti-parliamentarian tendencies, and highlights the risk of undermining the representative function of Parliament. The discussion is enriched by a historical and comparative approach, showing how similar reforms have emerged across the political spectrum in Italy since the 1920s. Notably, the article concludes that popular referendums have often acted as a bulwark against these populist constitutional attempts, defying the usual identification of direct democracy with populism.