



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni
della Facoltà di Giurisprudenza

1

Studi giuridici

Anno accademico 2012-2013

Parte prima



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

1

Studi giuridici

Anno accademico 2012-2013

Parte prima

Comitato di Redazione

Antonio Angelosanto - Elisa Arbia - Benedetta Bertolini - Nicola Cezzi
Pietro De Corato

Comitato di Garanzia

Cesare Pinelli - Pasquale Bronzo - Angelo Castaldo - Luca Di Donna
Alberta Fabbrocotti - Domenico Mezzacapo - Giovanna Montella
Franco Vallocchia

Advisory Board

Job Ballegoijen de Jong - Gabor Fellner - Sara Himilce Ramírez Aguilera
Claire Teillard d'Eyry - Côme Wirz

Alla redazione hanno collaborato

Andrea Allegritti - Antonio Angelosanto - Elisa Arbia - Nicola Cezzi - Pietro
De Corato - Lorenzo Innocenzi - Andrea Pantanella

Contatti

email: sapienzalegalpapers@uniroma1.it
facebook: Sapienza Legal Papers
website: www.scienze giuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali
www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta_/attivita-editoriali

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI © Copyright 2013

ISBN 978-88-243-2284-3

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

«Una bambola di sale voleva ad ogni costo il mare. Era una bambola di sale, ma non sapeva che cosa fosse il mare. Un giorno decise di partire. Era l'unico modo per soddisfare la sua esigenza. Dopo un'interminabile pellegrinaggio attraverso territori aridi e desolati, giunse in riva al mare e scoprì qualcosa di immenso e affascinante e misterioso nello stesso tempo. Era l'alba, il sole cominciava a sfiorare l'acqua accendendo timidi riflessi, e la bambola non riusciva a capire. Rimase lì impalata a lungo, solidamente piantata al suolo, la bocca aperta.

Dinanzi a lei, quell'estensione seducente. Si decise. Domandò al mare:

– Dimmi chi sei?

– Sono il mare.

– E che cos'è il mare?

– Sono io!

– Non riesco a capire, ma lo vorrei tanto. Spiegami che cosa posso fare.

– È semplicissimo: toccami.

Allora la bambola si fece coraggio. Mosse un passo e avanzò verso l'acqua. Dopo parecchie esitazioni, sfiorò quella massa con un piede. Ne ricavò una strana sensazione. Eppure aveva l'impressione di cominciare a comprendere qualcosa. Allorché ritrasse la gamba, si accorse che le dita dei piedi erano sparite. Ne risultò spaventata e protestò:

– Cattivo! Che cosa mi hai fatto?

Dove sono finite le mie dita?

Replicò imperturbabile il mare:

– Perché ti lamenti? Semplicemente hai offerto qualche cosa per poter capire. Non era quello che chiedevi?

L'altra piatì: – Sì veramente, non pensavo, ma...

Stette a riflettere un po'. Poi avanzò decisamente nell'acqua. E questa, progressivamente, la avvolgeva, le staccava qualcosa, dolorosamente. Ad ogni passo, la bambola perdeva qualche frammento. Ma più avanzava, più si sentiva impoverita di una parte di sé, e più aveva la sensazione di capire meglio. Ma non riusciva ancora a dire cosa fosse il mare.

Cavò fuori la solita domanda: – Che cosa è il mare?

Un'ultima ondata inghiottì ciò che restava di lei.

E proprio nell'istante in cui scompariva, perduta nell'onda che la travolgeva e la portava chissà dove, la bambola esclamò:

– Sono io!»

Anonimo

INDICE

- 3 *Nota di redazione*
- 7 Dalla funzione sociale della proprietà alla nozione di bene comune
Antonio Angelosanto
- 15 Credit rating agencies in the U.S. - Regulation(s) plus a perspective on their liability
Nicola Cezzi
- 27 Creative commons
Andrea Allegritti
- 35 «Il supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato»
Pietro De Corato
- 41 Evoluzione e prospettive del danno alla persona
Andrea Pantanella
- 47 Il nuovo “filtro” in appello: la prima ordinanza ex 348-bis
Elisa Arbia
- 53 Dal brocardo *societas delinquere non potest* alla graduale responsabilizzazione della persona giuridica
Elisa Arbia
- 59 Punishment vs. Treatment: the insanity defense case
Lorenzo Innocenzi

PARTE PRIMA

NOTA DI REDAZIONE

Ci è sembrato più che doveroso pubblicare i contenuti di quella che ora rappresenta la Parte Prima dei Legal Papers dell'Anno Accademico 2012/2013. Nata come «numero 0» di un progetto che aveva trovato in questi scritti la sua ideazione, la raccolta, qui riproposta nella forma grafica ed editoriale definitiva, ha rappresentato per noi il punto di non ritorno, l'anno zero in cui si sono concretizzati idee, sogni, progetti ed aspirazioni. Questi scritti rappresentano una gemma che ancora non sapeva di divenire albero. Gli articoli sono tutti stati scritti autonomamente e senza l'ausilio di alcun docente da un gruppo di studenti – molti ormai già laureati – che hanno voluto rischiare e donare idee e pensieri a questo progetto affinché nascesse. Ora che i Quaderni, presa la forma e fatta propria la nuova struttura, iniziano a crescere, questi contributi rappresentano un prezioso cassetto che abbiamo desiderato tenere aperto, e quindi in vita, affinché fosse custodito nella memoria di questo progetto. Le parole che seguono rappresentano il cappello con cui davamo vita all'iniziativa e, nonostante ci sarebbe da dir molto di più – e forse anche di meno –, abbiamo voluto tenerlo così com'era, se non rivedendolo nell'utilizzo di alcuni termini non più coerenti con la nuova veste editoriale, al fine di rendergli il giusto riconoscimento che gli spetta.

* * *

La redazione è composta da un gruppo di amici che, nella eterogeneità delle loro formazioni, hanno condiviso le esperienze di vita universitaria sin dal primo anno di studi. L'idea nasce grosso modo a conclusione del quinquennio, dalla sensazione che alla nostra bella Facoltà manchi «qualcosa»: viaggiando e confrontandoci con altre realtà di questo mondo, grazie alle opportunità che la Sapienza ci ha offerto, ci è sorto il desiderio di dar corpo ad un pro-

getto – romanticamente ambizioso – che andasse a colmare questo vuoto.

L'individuazione e la definizione di questo vuoto è impresa che non ci compete. Tuttavia, possiamo limitarci a riflettere sul fatto che studiare per cinque anni (quando non di più) migliaia di pagine può suscitare una sensazione di insofferenza «teorica». Arrivare a conclusione del ciclo universitario e cimentarsi per la prima volta con la tesi, con l'elaborazione ed esposizione del pensiero giuridico, può rivelarsi a dir poco arduo.

Accanto alle migliaia di pagine, guardiamo anche alle migliaia di studenti che popolano questi corridoi: incolpevolmente lontani dalla cattedra, scoraggiati all'elaborazione e alla condivisione di idee sul diritto.

La nostra è un'iniziativa personale, volontaria e autonoma. Tuttavia vorremmo inserire nella vita storica della Facoltà un materiale che altri dopo di noi avranno il compito di continuare a modellare. Per questo si rende necessaria un'immedesimazione con il prestigio istituzionale della Sapienza. Ci ispiriamo alle esperienze d'oltreoceano che in Europa pochi atenei hanno saputo far proprie. «Sapienza Legal Papers» nasce con l'obiettivo di creare un proficuo forum accademico, uno strumento di ricerca e di approfondimento per giovani studenti di diritto, un'opportunità per lo studente di sviluppare le proprie capacità riflessive e di ragionamento, una cinghia di trasmissione tra il corpo studentesco e quello docenti.

Punto di partenza e di arrivo di questa iniziativa vuole essere lo studente in senso lato. Non solo il perenne studente – «perché la materia di studio sarebbe infinita» – che socraticamente sa di non sapere e umilmente si accosta all'infinita fonte del sapere, ma anche lo studente in senso stretto del corso di studi di laurea, del dottorato, della scuola di specializzazione in professioni legali e dei master e corsi di alta formazione che prendono vita nella nostra Facoltà. Di conseguenza, ogni numero aspira a contenere articoli che potranno assumere forme molteplici e «non tipiche»: si propongono ad esempio raccolte giurisprudenziali su un istituto; commenti a sentenze; dissertazioni su un dato tema giuridico; *paper/Übungen/practicus/papier* scritti in Erasmus o nel corso di altre esperienze internazionali, conservando la loro lingua originale; interviste a professori della Facoltà, si pensi a domande su una recente riforma, o a magistrati, avvocati e notai; estratti di tesi di laurea e dottorato e così via.

L'obiettivo è essenzialmente quello di qualificare lo studio e lo scritto, che aspira ad essere scientifico, prodotto all'interno della nostra Facoltà, dandogli visibilità e rendendolo più facilmente accessibile. A tal proposito necessario sarà oleare la cerniera che vuol connettere studenti e cattedre, attraverso la pubblicazione dei migliori scritti, esercitazioni e riflessioni prodotti all'interno dei tradizionali corsi di studio.

I contenuti saranno sottoposti ad un rigoroso processo editoriale al fine di affinare e rafforzare la sostanza e la forma della collana, tramite la guida di docenti già all'opera sin dai primi passi del progetto, che con grande entusiasmo hanno accolto l'iniziativa che oggi prende vita. Questo primitivo comitato editoriale aspira nel corso del suo sviluppo ad assumere le forme di un laboratorio didattico dove vengano apprese e sperimentate le tecniche del ragionamento giuridico, che svolga la funzione di setaccio affinando una capacità critica di discernimento e di analisi. Verrà comunque assicurata l'autonomia intellettuale nel merito di quanto esposto negli articoli, limitando il controllo alla verifica della correttezza grammaticale e logico-argomentativa degli scritti, incoraggiando lo studente a formulare idee proprie e ad esprimerle liberamente.

L'organizzazione iniziale della redazione è molto fluida. La genuina amicizia che lega i suoi membri, insieme ad altre considerazioni (siamo alla genesi e attendiamo lo sviluppo della collana, a sua volta dipendente dall'accoglimento che essa avrà) rendono superflua l'immediata scrittura di uno «statuto» che regoli i rapporti interni ed esterni alla redazione.

Altrettanto superfluo è precisare che la vita di questo progetto dipende dall'iniziativa e dalla partecipazione di tutti gli studenti di buona volontà della Facoltà. I contributi più che benvenuti sono necessari: commenti, proposte, ma soprattutto articoli sono linfa.

Teniamo a precisare, infine, la nostra indipendenza da qualsiasi organizzazione studentesca, politica o confessionale e la nostra appartenenza solo al corpo studentesco della Sapienza.

Con l'auspicio che questo numero sia solo il primo di una lunga serie che scavalcherà le generazioni prossime, ringraziamo sin da ora chi, con impegno, dono e servizio, ha permesso la prima pubblicazione dei «Sapienza Legal Papers».

ANTONIO ANGELOSANTO

DALLA FUNZIONE SOCIALE DELLA PROPRIETÀ ALLA NOZIONE DI BENE COMUNE

The subject of the paper is the analysis of the concept of property as declined in its social function profile.

The structure follows the shapes of Hegelian dialectic. The thesis is the revolutionary and Napoleonic vision of property: the liberal doctrine which dislikes any restraint to the private property – sovereignty belongs to the State, property to the Citizen (Portalis). The antithesis is represented by the functionalist (Comte and Duguit) and corporative (fascist codification) doctrines: the citizen become an official of the community according to the first; less radical the second: property right is subordinated (more than functional) to collective interests. Synthesis could be proposed by the new light given by Italian Constitution: a publica utilitas exists with which people must always relate for the enjoyment of their property and the exploitation of their wealth. From these considerations, the author reaches a perspective on the on-going debate about the common goods: goods which allow, regardless of the private or public ownership, to satisfy general interests.

Il Codice Napoleonico del 1804, che si fece promotore ed esportatore delle ideologie rivoluzionarie, ebbe un impatto considerevole sull'istituto della proprietà. L'opera della codificazione napoleonica in tema di diritti reali perseguì lo scopo di spogliare la proprietà da qualsiasi ruolo funzionale, rendendola semplicemente «privata» e «neutra», nel senso individualistico del termine, caratterizzata da una sostanziale illimitatezza, rispondendo alle esigenze economiche della borghesia e alle conquiste politiche in tema di diritti civili¹.

¹ Vedi la *Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen* del 1789 in tema di diritti di libertà e di proprietà all'art. 2 ("Il fine di ogni associazione politica è la

La formula adottata dal legislatore italiano del 1865, ricalcando quella del *Code Napoléon*, al quale si ispirò addirittura traducendo in italiano numerose sue parti, definiva la proprietà all'art. 436 c.c. come «il diritto di godere e disporre della cosa *nella maniera più assoluta*» purché non se ne facesse «un uso vietato dalla legge e dai regolamenti». Assolutezza significava tendenziale assenza di limiti, che il legislatore poteva al massimo porre *in negativo* per evitare la lesione degli altrui diritti. Il diritto di proprietà divenne un istituto posto a protezione dell'interesse individuale all'appropriazione dei beni e alla loro conservazione, senza alcun riguardo per il gruppo sociale al quale si apparteneva. Secondo l'ordinamento civilistico napoleonico nessuno avrebbe potuto limitare positivamente il diritto di proprietà, *in primis* lo Stato: ad esso spettava la sovranità, mentre al cittadino la proprietà, come affermò Portalis², un giurista francese che ebbe un ruolo decisivo nella redazione del codice civile napoleonico, sancendo una reciproca non ingerenza nei rispettivi ambiti.

La concezione liberale (e liberista) vide con netto sfavore non solo ogni vincolo imposto alla proprietà dal potere pubblico ma anche quelli stabiliti dallo stesso proprietario. Egli può porre limiti e vincoli alla proprietà esclusivamente utilizzando gli schemi previsti dalla legge in numero esiguo (esempio, i diritti reali di godimento). Sopravvive ancora oggi il principio del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali, cioè del loro numero chiuso, nel senso che essi sono tutti «tipici», cosicché al proprietario è vietato costituirne altri rispetto a quelli stabiliti dalla legge. Parimenti il divieto di alienare, stabilito per contratto, quindi espressione di una limitazione della autonomia contrattuale, vale solo tra le parti (cd. efficacia relativa), ovvero, nel caso in cui tale divieto sia inadempito, il diritto acquisito dal terzo resta valido e avrà luogo solo il risarcimento del danno (art. 1379 c.c.).

conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza, e la resistenza all'oppressione»), all'art. 4 (“La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo non ha confini se non quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento dei medesimi diritti. Questi confini non possono essere determinati che dalla Legge”) e all'art. 17 (“Poiché la proprietà è un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, se non quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in modo evidente, e sotto la condizione di una giusta e previa indennità”).

² J.È.M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre II, livre II, du Code civil De la propriété*, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunal*, Firmin Didot, Paris, 1838, p. 288.

La fine dell'800 e i primi anni del '900 videro invece un superamento di questa lunga stagione «individualistica» del diritto civile in generale e, per quel che a noi interessa, del diritto di proprietà, consolidatasi nel corso dei decenni a seguire dalla Rivoluzione Francese e consacrata nel *Code Napoléon*. Prende vita, nel pensiero positivista di alcuni giuristi discepoli di Auguste Comte³, la «prospettiva funzionalizzatrice degli istituti fondamentali del diritto civile patrimoniale (proprietà, contratto, impresa)»⁴. Si legge infatti in Léon Duguit che la proprietà non è un diritto soggettivo del proprietario ma «la *fonction sociale du détenteur de la richesse*»⁵. In questo senso il *citoyen* si trasforma in un funzionario della società⁶. L'interpretazione di Comte e Duguit sulla *fonction sociale* non trovò terreno fertile in Francia e non si inserì nel dibattito culturale e giuridico dell'epoca, né tanto meno sembra che la dottrina e la giurisprudenza ne siano stati influenzati⁷.

A prima vista sembrerebbe invece che il codice italiano del 1942 e il contesto culturale e politico che lo generò possano aver recepito l'ideologia dirigista e statualista degli studiosi francesi. In realtà come ha sottolineato attentamente un'autorevole dottrina⁸, le idee funzionalizzatrici di Comte e Duguit non sembrano coincidere con quelle del legislatore del '42. Infatti accanto all'impianto delle norme corporative e ad alcune enfattizzazioni retoriche contenute nella Relazione al codice civile, ci troviamo di fronte ad una concezione della proprietà come un diritto soggettivo *subordinato* agli interessi della collettività nazionale, anche alla luce degli assetti della proprietà stessa che da diritto statico di *rentiers* si andava trasformando in diritto dinamico di produttori.

Accanto alle riflessioni della dottrina giuridica del tempo, la quale riteneva che «l'individuo non fosse più al centro del mondo»⁹, e alle dichiarazioni del legislatore che affermava non vi fosse «diritto attribuito al singolo senza finalità sociale» (Relazione al co-

³ Così L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1920, pp. 15 e ss.

⁴ G.B. FERRI, *La formula "funzione sociale" dalla cultura del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, p. 310.

⁵ DUGUIT, *op. cit.*, p. 158.

⁶ É. DURKHEIM, *De la division du travail social* (trad. it.), Milano, 1962, pp. 89-90.

⁷ FERRI, *op. cit.*, p. 313.

⁸ FERRI, *op. cit.*; Id., *Patologie contrattuali e circolazione della proprietà*, in *Il negozio giuridico*, Padova, 2004.

⁹ F. FERRARA, *La Proprietà come "dovere sociale"*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, p. 281.

dice civile n. 6), troviamo altri giuristi dell'epoca, di certo organici al sistema politico vigente, invitare a non farsi «abbagliare troppo dal concetto della funzione sociale, il quale è in primo luogo troppo generico», e affermare che «la proprietà è espressione della personalità umana»¹⁰. Concetti e contrapposizioni recepiti anche nella stessa Relazione al codice civile dove al n. 403 si legge: «l'ordine corporativo rispetta il principio della proprietà privata. Questa completa la personalità umana». Ma allo stesso numero prosegue affermando: «noi pensiamo che la proprietà privata deve essere intesa in funzione sociale; non quindi la proprietà passiva, ma la proprietà attiva, che non si limita a godere i frutti della ricchezza, ma li sviluppa, li aumenta, li moltiplica», coerentemente al binomio proprietario-imprenditore su cui concentrò i suoi sforzi di riforma il legislatore del '42.

Nella determinazione del diritto di proprietà all'art. 832 c.c., accanto ai tradizionali limiti *negativi* troviamo un riferimento a quelli *positivi*: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico». Quanto affermato con molta enfasi nella Relazione venne tradotto nelle norme del codice civile e condensato in pochi riferimenti all'ordinamento corporativo, facili da espungere ad esperienza storica terminata; scomparve qualsiasi riferimento esplicito alla «funzione sociale», grazie al tecnicismo abile ed elegante di Filippo Vassalli che guidò i lavori di codificazione¹¹. La ricerca di «un'armonia fra l'interesse privato e l'interesse pubblico» (Relaz. cod. civ., n. 6) si manifestò attraverso le idee solidaristico-corporativistiche, di cui abbiamo traccia, in materia di proprietà, agli artt. 811, 832, 838 c.c. In funzione della distinzione tra beni rilevanti e beni non rilevanti per la produzione nazionale, *ex art. 811 c.c.* (ora abrogato), il proprietario-produttore che non si fosse attenuto ai comportamenti richiesti in positivo dall'art. 832 c.c., avrebbe potuto subire come sanzione l'esproprio di tali beni (*ex art. 838 c.c.*), premesso però il pagamento di una giusta indennità, quindi riconoscendo un danno – seppur giusto – ad una situazione giuridica soggettiva in capo al proprietario-*improduttivo*.

¹⁰ S. PANUNZIO, *La proprietà: definizione*, ora in *Motivi e metodo della codificazione fascista*, cit., Milano, 1940, p. 222.

¹¹ G.B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, pp. 391 e ss.

Con il superamento del retaggio corporativo il codice civile torna in parte a porsi in una linea di diretta continuità con il codice precedente e in altra parte verso una nuova interpretazione alla luce della Costituzione repubblicana. Quasi seguendo le forme della dialettica hegeliana, dopo la *tesi* rivoluzionaria e napoleonica e l'*antitesi* – seppur mitigata nei suoi termini da alcuni contrappesi – della codificazione fascista dell'ordinamento civile, la *sintesi* costituzionale riaccende di nuova luce le norme civilistiche in tema di proprietà.

I «fini sociali» del comma 3 dell'art. 41 Cost., il limite all'iniziativa economica privata che «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale» del comma 2 e i limiti che la legge determina «allo scopo di assicurarne la funzione sociale» dell'art. 42 Cost. comma secondo, che indicano essenzialmente limiti negativi al diritto di proprietà e all'attività economica privata in generale, sono strettamente connessi con l'art. 44 Cost. che riconosce alla legge, «al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali», il potere di imporre «*obblighi e vincoli* alla proprietà terriera privata». Innegabile è quindi un riferimento all'interesse generale nella nostra Carta che esplicitamente traccia un solco da seguire, non subordinando il diritto di proprietà agli interessi della collettività nazionale, supremazia oggi non più accettabile alla luce del valore centrale e fondante della persona, di cui la proprietà è strumento di esplicazione, nel nuovo ordine costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.), ma *coordinandolo* ed *equilibrandolo* con interessi superindividuali che trovano tutela nella stessa Carta attraverso obblighi in positivo e vincoli in negativo.

Di certo obblighi in positivo, soprattutto per quanto riguarda la proprietà terriera, possono avere un ruolo nel nuovo schema del diritto di proprietà disarticolato in una pluralità di ipotesi di domini in conseguenza del moltiplicarsi di nuovi beni oggetto di diritto¹².

Ma ciò che emerge dall'impianto costituzionale è una *publica utilitas* con la quale l'individuo deve sempre relazionarsi nel godimento dei propri beni e nello sfruttamento delle proprie ricchezze: le norme in tema di proprietà ed iniziativa economica vanno lette insieme a tutta un'altra serie di formule con cui vanno ad inte-

¹² Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 145 e ss.

grarsi «in una coerente architettura di valori»¹³: l'«interesse della collettività» dell'art. 32 Cost., l'«interesse generale» degli artt. 35, 43 e 118 Cost., l'«utilità generale» sempre dell'art. 43, il «pubblico interesse» dell'art. 82 Cost. e primo fra tutti l'art. 2 Cost. con i «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Al centro dell'attenzione dei Costituenti vi era la ricerca di una formulazione del diritto di proprietà e dei suoi limiti capace di garantirlo e allo stesso tempo di finalizzarlo al bene comune. A tal proposito illuminante è il dibattito in Costituente su questo punto e la sintesi di vedute tra le due anime dell'Assemblea poste agli antipodi¹⁴. L'anima cattolica perseguì la sua dottrina sociale, oggi recepita nel «Compendio della dottrina sociale della Chiesa»¹⁵, dove si legge che «l'insegnamento sociale della Chiesa esorta a riconoscere la funzione sociale di qualsiasi forma di possesso privato» e che «la destinazione universale dei beni comporta dei vincoli sul loro uso da parte dei legittimi proprietari. La singola persona non può operare a prescindere dagli effetti dell'uso delle proprie risorse, ma deve agire in modo da perseguire, oltre che il vantaggio personale e familiare, anche il bene comune». Il comunista Mario Assennato in Assemblea Costituente spinse affinché fosse inserito nell'art. 42 il riferimento agli «interessi della collettività» che fu poi tradotto nella formula della «funzione sociale».

Alla luce di questa trama costituzionale, una recente sentenza delle Sezioni Unite, dando un grande contributo nella definizione di «bene comune», categoria di beni di tradizione millenaria¹⁶, ha affermato un principio rivoluzionario quanto coerente con l'assetto della Carta. La Cassazione del 2011, a proposito della natura de-

¹³ S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, pp. 126 e ss.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.

¹⁵ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Roma, 2004.

¹⁶ D. 1.8.2. pr.1 (Marcianus libro tertio institutionum): «Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia illa sunt: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris» [trad.: «Alcune cose sono comuni di tutti per diritto naturale, alcune sono di una collettività, alcune di nessuno; le più numerose sono dei singoli, le quali vengono acquistate a ciascuno in base a varie cause. Sono comuni di tutti, per diritto naturale, le "cose" ben note: l'aria, l'acqua corrente, e il mare, e in ordine a questo i lidi del mare», in S. SCHIPANI (a cura di), L. LANTELLA (in collaborazione con), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*. Testo e traduzione. I 1-4, Milano, 2005].

maniale o meno delle valli da pesca della laguna di Venezia, ha affermato che quei beni che «per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività [...], devono ritenersi "comuni", prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto agli interessi della collettività»¹⁷. Non solo quindi obblighi in positivo o vincoli in negativo da apporre alla proprietà privata quando essa debba essere coordinata con l'utilità sociale ma addirittura una nuova classificazione di beni – i «beni comuni» appunto – con una loro specifica regolamentazione quando essi siano in grado, a prescindere dalla titolarità privata o demaniale, di soddisfare interessi a carattere generale.

Su questo solco tracciato dalla Corte di Cassazione si era già incamminata la Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà nel 2007, per la riforma del titolo I «Dei beni», del III libro del Codice Civile. Tale progetto che vedeva, accanto ai tradizionali beni privati e pubblici, anch'essi rivisti¹⁸, la «nuova» categoria dei beni comuni (beni «a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati»¹⁹), al fine

¹⁷ Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 3665/2011. Per l'evoluzione giurisprudenziale sul tema si veda A. DI PORTO, *Destinazione all'uso pubblico e beni comuni nella giurisprudenza ordinaria dell'Italia unita: da Villa Borghese (1887) alle Valli da pesca veneziane (2011)*, negli atti del convegno *La giurisprudenza ordinaria nella storia dell'Italia unita* (svoltosi a Torino il 6 marzo 2012 e organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura), ora in A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013.

¹⁸ La Commissione Rodotà ha proposto di riarticolare i beni pubblici secondo tre fattispecie in base ad una concezione "sostanziale" dei medesimi (cfr. M. S. GIANINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977 e S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969): i beni ad appartenenza pubblica necessaria, i beni pubblici sociali e i beni pubblici fruttiferi (cfr. U. MATTEI, E. REVIGLIO e S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici: dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice Civile*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2010).

¹⁹ Continua: «Ne fanno parte, essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche. Vi rientrano, altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali», in *Relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega della Commissione sui Beni Pubblici*, oggi in MATTEI, REVIGLIO e RODOTÀ (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2010. Si tratta quindi di un *tertium genus* sottratto alla logica dell'appartenenza e basato sulla funzione sociale presente e futura, fuori commercio e «che valgono per il loro valore d'uso e non per quello di scambio». Con una tutela risarcitoria e restitutoria spettante allo

di collegare le «utilità dei beni alla soddisfazione dei diritti della persona e al perseguimento di interessi pubblici essenziali», è purtroppo rimasto nel cassetto del legislatore nonostante il malinconico auspicio della Commissione di «risultati costruttivi» successivi al proprio operato.

Stato ma con una tutela inibitoria esercitabile da chiunque possa «fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione».

NICOLA CEZZI

CREDIT RATING AGENCIES
IN THE U.S. - REGULATION(S) PLUS
A PERSPECTIVE ON THEIR LIABILITY

The paper is an excerpt of the research developed during a period of study at Columbia Law School. The subject is the regulation of rating agencies, from both theoretical profile (models of regulation: micro and macro prudential) and practical profile (the concrete example of the U.S. macro-prudential regulation). The heart of the research (the regulation, indeed) is reached after a brief reference to the functions performed by the Agencies, and a description of industry data and its functioning; at the end, a perspective on the problems of Agencies' liability is provided.

The nature of the papers is compilative and its sources are available on the Social Science Research Network. Sincere thanks to Professor Kathryn Judge for her guidance.

SOMMARIO: I. Credit Rating Agencies (CRAs) create value by reducing information costs in the marketplace. – Functions. – Industry. – Regulation. – Liability.

Credit Rating Agencies (CRAs) create value by reducing information costs in the marketplace

Every credit contract constitutes a principal-agent relationship. In the process of granting a credit, the issuer (the agent) usually has information superior to the investor (the principal). The issuer may profit from supplying the investor with wrong information, and investors will generally not trust the reliability of such information and require a risk premium, which increases the cost of the transaction, and it means that the interest rate paid by the issuer will rise. Credit Rating agencies (CRAs) try to solve this

problem by providing investors with a screening instrument in order to reduce the informational asymmetry and reveal hidden information: CRAs issue ratings to convey information on the ability of a debt issuer to repay its debt.

The investors are convinced by the rating because the agency is trustworthy. As a result, their opinion of the issuer's creditworthiness becomes much more certain. Over the lifetime of a debt security, the rating agency will usually monitor it and update the rating as a service to investors who want to buy or sell the bond on the secondary market. Issuers also benefit from monitoring and typically pay regular fees for the service. They acquire a favorable reputation in the market if they are willingly to operate under the credit rating agency's on-going scrutiny.

Closely connected to the pure information value of ratings is the 'reputation value'. Market participants will trust the quality of ratings because of an agency's reputation. From this point of view, the reputation itself is the rating agencies' product. Independent of the actual rating, simply being rated serves as a positive signal to capital markets. The issuers buy a share in the agency's good reputation in order to increase their own reputation in the eyes of the investors: issuers with a high credit rating from a reputable agency will be able to attract many investors and sell their debt securities at lower interest rates than issuers with a low credit rating.

Functions

The information function: credit rating agencies intermediate informational asymmetries between issuers and investors by generating information and by providing a reputational bond. Investors and regulatory bodies profit from economies of scale in information production.

Furthermore, credit ratings are associated with a second major function: ratings serve as a regulatory tool in financial market oversight – 'rating-based regulation'. This is called the certification function: rating agencies issue a 'license' to access the capital markets or to lower regulatory burdens.

A recent international stocktaking exercise conducted by the Joint Forum (2009)¹ reveals that credit ratings are generally used

¹ N.B. AMADOU SY, Deputy Division Chief, IMF, *Regulating Credit Agencies: Where to Now?* - Journal of Financial Transformation, #31, March 2011, Cass Capco Institute.

for five key purposes, especially in their legislation, regulations and supervisory policies (LRSPs), covering the banking and securities sectors: (i) determining capital requirements; (ii) identifying or classifying assets, usually in the context of eligible investments or permissible asset concentrations; (iii) providing a credible evaluation of the credit risk associated with assets purchased as part of a securitization offering or a covered bond offering; (iv) determining disclosure requirements, and (v) determining prospectus eligibility.

Industry

Data and History

The credit rating industry is today dominated by two global players: Moody's Investor Service (Moody's) and Standard and Poor's Rating (S&P). These two rating agencies hold a near duopoly. With Fitch IBCA (Fitch) there is only one more but considerably smaller global player that is owned by Fimalac, S.A., a French firm.

Whilst one can enumerate approximately 74 CRAs throughout the world, the three major CRAs (Moody's, S&P, Fitch) account for 94% of the global market.

Moody's and S&P each hold a 40% market share. Fitch is reported to control 15% of the market².

Practically all bonds traded today in the USA are rated by Moody's and S&P. In 2005 Fitch rated 66% of all debt securities worldwide. The same is true for their relative standing: in 2005 Moody's and S&P shared about 77% of worldwide credit rating revenues.

In the USA at any given time there have never been more than five general purpose rating agencies³. In virtually all other countries there have been and are even less competitors.

CRAs also rated sovereign States, with significant differences from corporate ratings: a) unlike firms, States can not go bankrupt. They have a monopoly on the use of violence and can force citizens to pay taxes: this makes sovereign debt a safe investment; b) for the

² Data available on <http://www.investinginbonds.com/learnmore.asp?catid=3&id=8>.

³ F. DITTRICH, *The Credit Rating Industry: Competition and Regulation* - Erlangung des Doktorgrades der Wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln.

same reason and unless war is waged, States can not be coerced to pay their debts: this makes sovereign debts a risky investment.

The rating of a sovereign debt is not limited to a quantitative review of States finances. It will also embrace their willingness to pay: CRAs thus scrutinize a range of additional qualitative factors such as the State's institutional strength, political stability, fiscal and monetary flexibility and economic vitality. It is a political evaluation, that, unlike most of this kind of opinion, can dramatically affect the sovereignty of a State.

Business Model

Credit rating agencies traditionally generated their revenues by selling publications to investors («investor pays» business model).

In the early 1970s, however, all major agencies changed their business model and started to charge issuers for the ratings: firms and government that issue debt pay CRAs to rate their credit-worthiness («issuer pays» business model). Ratings are subsequently disclosed to the public for free.

This model has been often criticized: a popular analogy compares CRAs to teachers being paid by their students, and for fear of losing business CRAs would be reluctant to give poor grades to debt issuers.

The issue also involves the effectiveness of regulations (conflict of interests): due to the multitude of interests associated with credit ratings, and given that some of the involved players are powerful and influential, regulation of CRAs could open the door to political manipulation. Likewise, there is an inherent discrepancy in having the state regulate CRAs, as the former is a major client of the latter. As a result, both private and state interests might be equally keen on avoiding direct regulation, at the fear of receiving lower ratings (due to stringer requirements). Finally, there lies the question of *how* the State could possibly assess the quality and methodology of the ratings, in view of the highly complex nature of such business. On a cost-benefit analysis this could prove prohibitive, and would essentially require the state to become «a better rather than the agencies themselves».

Let's consider the following case: Italian newspaper «*il Sole 24 Ore*»⁴, addressing the issue of the conflict of interests, noted some

⁴ News published on the online edition, October 14, 2012 - <http://www.il-sole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2012-10-14/rating-ecco-sospette-manipolazioni-150536.shtml?uuid=AbNSMvsG>.

«*suspicious manipulations*»: on October 10 2012 S&P surprisingly downgraded Spain bringing its rating to 'BBB-': the news came officially at 10.52 pm, but the yields on Spanish government had already begun to rise from 1.59 pm. The same phenomenon occurred on January 13, 2012, when Italy and France were downgraded, and again on April 26 and June 13 with Spain: the market reacted before the news.

The situation is critical: according to an EU regulation of 2009, the rating agencies are obliged to communicate to the Governments with the news 12 hours notice of a change in the rating: if one of the giants of the rating decides to downgrade a State, the Government of that country will be informed privately half a day before. The news, though reserved, thus began to circulate in a potentially vast audience.

However moving back to an «investor pays» model appears unworkable in practice: ratings are public goods. Once a rating has been disclosed to an investor, there is nothing to do to prevent the subsequent dissemination of the ratings to other investors. It is the «free rider» problem.

*Regulation*⁵

Micro-prudential approach

Typically, micro-prudential regulation is the main approach for regulating credit rating agencies (CRAs). This type of regula-

⁵ For a study about the history of regulations see P. MARIS, *The regulation of credit rating agencies in the US and Europe: historical analysis and thoughts on the road ahead*.

The first regulatory reference to the ratings is found in 1931 in the Office of the Comptroller of the Currency (OCC) and Federal Reserve examination rules and was mainly based on distinction between investment grade securities, generally rated BBB/Baa and above, and securities of below investment grade quality.

After a credit crisis in the early 1970s new rules explicitly referring to private credit ratings were adopted. The SEC introduced a standard definition for ratings: debt issuers and other financial institutions active on US markets had to be rated by 'Nationally Recognized Statistical Rating Organizations' (NRSROs). As a result, CRAs enjoying the NRSROs status became compulsory trading partners for very many US corporation.

Regulators have incorporated credit ratings into laws and regulations to set capital requirements for regulated entities, provide a disclosure framework, and restrict investments (rating-based regulation). For example, in 1975, the SEC adopted amendments to rule 15c3-133 of the Securities Exchange Act of 1934 requiring broker-dealers, when computing net capital, to deduct from their net worth certain

tion is concerned with issues such as abuse of monopoly power, consumer protection, and asymmetric information. The oligopolistic nature of the CRA industry, concerns about conflicts of interest in their «issuer-pays» business model, and massive losses following the abrupt downgrades of structured products during the U.S. sub-prime crisis provide convincing arguments for the micro-prudential regulation of CRAs.

Antitrust intervention⁶

CRAs exhibit *prima facie* features of significant market power («SMP»).

SMP is often associated with situations of entrenched monopoly positions or of secret, organized conspiracies: however SMP

percentages of the market value (“haircuts”) of their proprietary securities positions. Rule 15c3-134 allows broker-dealers to take reduced haircuts for certain commercial paper, nonconvertible debt securities and nonconvertible preferred stock *provided the instrument is rated in a specified rating category by one or two NRSROs*.

Another example of rating use in regulatory documents is the rule 2a-7, which governs certain investment and operational policies of the U.S.-domiciled money market funds, prohibits money market funds from investing in asset-backed securities unless *it has received a rating from an NRSRO*.

Concern about the credit rating agencies failure to identify and to respond to accounting improprieties at Enron and several other large corporations in the late 1990s led to a provision in the *Sarbanes-Oxley Act* requiring the Securities and Exchange Commission to study the role of the credit rating agencies and to report to Congress with recommendations for additional regulation. Congress enacted the Credit Rating Agency Reform Act of 2006. The Act gave the Securities and Exchange Commission the authority to qualify «nationally recognized statistical rating organizations» and to *require those organizations to register with the Commission*. The Commission was also given record-keeping, financial reporting and general oversight responsibility for registered NRSROs.

The importance of private credit ratings in regulatory regimes worldwide has further increased with the Basle II Capital Accord: under the 2005 Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) new capital adequacy framework, *banks can use ratings assigned by a recognized CRAs in determining credit risk weights for many of their institutional credit exposures*. The objective of Basel II, Pillar 1 is to align a bank's minimum capital requirements more closely to its risk of economic loss. To do so, a bank capital is made more sensitive to such a risk by requiring higher (lower) levels of capital for those borrowers with higher (lower) credit risk, and *vice versa*. Under the “standardized approach,” any bank “may” use external measures of credit risk to assess the credit quality of its borrowers for regulatory capital purposes.

In 2009, the Basel Committee revised its risk-based capital framework so as to strengthen it. For instance, it introduced operational criteria to require banks to undertake independent analyses of the creditworthiness of their securitization exposures.

⁶ N. PETIT, *Credit Rating Agencies, the Sovereign Debt Crisis and Competition Law* - European Competition Journal, Volume 7, Number 3, December 2011, pp. 587-632(46).

can exist also in situations of narrow oligopoly protected by barriers to entry/expansion.

«Information good»: its value is derived from the information it contains (e.g. press, software, books, etc.).

Information goods respond to the following competitive dynamics:

a) Forecast accuracy: suppliers compete not only on the price, but also on the qualitative features of the information (e.g. accuracy, veracity, timeliness, etc.).

b) Reputation: information goods are experience goods. Customers cannot assess from the outset their ability to satisfy demand needs. S&P has been reported to claim that «reputation is more important than revenues».

In a hypothetically competitive industry, high forecast accuracy should build a good reputation (amongst investors), which in turn should grow market share (with issuers). And *vice versa*.

In this sense, the CRA industry is a typical example of a «two-sided market», where reputation on one side of the market (investors) drives sales on the other side of the market (issuers).

In an industry subject to SMP, the virtuous circle of competition is broken.

Firms holding SMP can profitably set prices at levels that significantly exceed costs. This is a problem because these firms could render the share of demand that is not served better-off without itself being worse-off (i.e. make a loss): given that those firms can freely increase their profits through price hikes, they have little, if any, incentives to cut costs (productive inefficiency) or to innovate (dynamic inefficiency) to attract new customers.

There are reasons to believe that the credit rating industry is susceptible to situations of SMP⁷.

The credit rating industry is often described as an oligopoly. Market concentration is extremely high (see data above). Some observers have even used the notion of «*partner monopoly*»: since many issuers solicit two (or more) ratings, each of the «three sisters» often serves the entire market. Hence, the credit rating industry would comprise a series of partner, or adjacent, monopolies. The ratings provided by the «big three» CRAs would not be *substi-*

⁷ N. PETTIT, *Credit Rating Agencies, the Sovereign Debt Crisis and Competition Law* - European Competition Journal, Volume 7, Number 3, December 2011, pp. 587-632(46).

tutes for one another from the viewpoint of issuers. In this sense, issuers are in the same position as sellers of other services (e.g. hotels, restaurants, music artists, etc.) who seek to be referenced and rated in all available guides, directories, journals, etc. (e.g. gastronomic guides, tourist guides, music magazines, etc.).

The credit rating industry is characterized by high barriers to entry/expansion. There are five types of barrier to entry/expansion that protect the «big three» from competition: *i*) informational expertise; *ii*) brand loyalty towards incumbent CRAs in a market where experience matters; *iii*) transaction costs savings achieved by issuers in dealing only with a few CRAs; *iv*) investors' cognitive limits; *v*) regulatory obstacles in the US, Europe and Japan where only a limited number of CRAs (respectively 10, 4 and 5) are officially recognized as credit assessment institutions.

In a competitive industry, CRAs are supposed to fight for market share on the basis of ratings accuracy and reputation: the bond rating agency sells its reputation along with every rating.

In contrast, in an industry subject to SMP, CRAs that make rating errors and endure reputational losses face no retaliation from customers and end up maintaining their market position and profits: CRAs can commit two type of errors: unjustified downgrading or underrating and/or unjustified upgrading or overrating. The reputational harm mechanism is, accordingly, ineffective: insulated from competition, CRAs can make senseless predictions without ever being sanctioned by users, who are wholly captive of their evaluations.

Privatization of regulatory functions⁸ – The issue is closely related to rating-based regulation described above (i.e. the practice of linking substantive securities regulation to private credit ratings) and the concept of reputational capital.

As noted, the more trusted a CRA becomes, the more it builds on clientele, market share and profits, allowing economies of scale to develop that ultimately render it even more efficient and precise in its ratings. However, «once regulation is passed that incorporates ratings, rating agencies begin to sell not only information but also the valuable property rights associated with compliance with that

⁸ F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets? Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies* - Washington University Law Quarterly, vol. 77, 1999, pp. 620-722.

regulation». In fact, from the 1930s onwards the informational value of CRAs has largely shrunked, *as the agencies did not generate any new information but rather reacted to already existing information in the markets*. As a result, the importance and size of CRAs is not really attributable to their informational potency, but rather to their unique status of «selling» regulatory licenses (*valuable property rights associated with the ability of a private entity, rather than the regulator, to determine the substantive effect of legal rules*). CRAs have in fact locked in to their reputation from early on, and have relied on their absolute cost advantages and economies of scale ever since.

According to this «regulatory license» views «agencies no longer need to generate valuable information to sustain the reputations for quality over time. In fact, they no longer need much of a reputation for quality at all».

In place of ratings-dependent regulation, Partnoy suggests a replacement: «simply substitute credit spreads, the market risk measure of bonds, for credit ratings». Credit spreads are more accurate than credit ratings, and by definition credit spreads reflect the market price of credit, which should reflect at minimum the information contained in credit ratings.

Macro-prudential approach

As noted above, recent and current developments in global financial markets have highlighted the need to also address externalities endogenous to financial markets. Credit rating downgrades can have important spillover effects and contribute to systemic risk, such as *(i)* increase borrowing costs and reduce access to capital markets, *(ii)* disrupt the functioning of money markets as ratings-based collateral rules are triggered, and *(iii)* have spillover effects across countries and asset classes.

CRAs regulation should, therefore, seek to avoid externalities.

Current efforts are focused on *a)* increasing CRAs transparency and *b)* reducing reliance on CRAs. While increased transparency can be seen as a part of micro-prudential regulation (see before), efforts to reduce the reliance on CRAs take a broader, more *systemic perspective*. For instance, one of the goals of Dodd-Frank Act⁹ is to remove any reference to, or requirements of re-

⁹ D.P. CLUCHEY - University of Manie School of Law - *The Financial Crisis and the Response of the United States: Will Dodd Frank Protect US form the Next Crisis?*

liance on, credit ratings in regulation and substitute in their place other standards of credit-worthiness.

The target of reducing reliance on CRA ratings is to increase the resilience of the financial system by reducing herding and cliff-effects that arise from the rating thresholds that are present in laws, regulations, and market practices. It addresses the reliance on CRA ratings in standards, laws, and regulation, their use by banks, market participants, and institutional investors, as well as in central bank operations and bank supervision.

As said, at the national level, the Dodd-Frank Act in the U.S. is a useful example of attempts to go beyond micro-prudential regulation¹⁰. The U.S. regulatory agencies include various references

¹⁰ The Act is available on <http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>.

In the Dodd Frank Act, Congress expanded upon the rule initiatives taken by the Securities and Exchange Commission in implementing the 2006 Act. Congress found that credit rating agencies are of systemic importance to the U.S. financial system, that their performance is a matter of public interest, that as gatekeepers to the securities markets their role justifies public oversight, that they face conflicts of interest requiring monitoring and regulation, and perhaps most importantly, that their ratings on structured financial products were inaccurate and «contributed significantly to the mismanagement of risk by financial institutions and investors, which in turn adversely impacted the health of the economy in the United States and around the world». [sect. 931]

In Dodd Frank Congress approved a series of amendments to the Credit Rating Agency Reform Act of 2006, including a requirement that the *agencies maintain an internal control structure, validated annually*, to ensure that policies and methodologies for determining credit ratings are adhered to within the agency [sect. 932(a)3]. The Dodd Frank Act added to the sanctions available to the Securities and Exchange Commission in the event of a violation of the Act, *allowing the Commission recourse against individuals as well as against the agency itself and providing that the Commission could revoke the registration of a rating agency* as to a particular class or subclass of securities. The rating agency is required to keep sales and marketing from influencing credit ratings and to monitor conflicts of interests potentially generated by job offers from clients [sect. 932(a)(4)]. Credit rating agency compliance officers are to be protected from conflicts of interest, including conflicts relating to compensation, and are given the responsibility to develop processes for receiving and handling complaints, including anonymous complaints.

The Securities and Exchange Commission is required to establish an Office of Credit Ratings within the Commission. The office is required to *conduct detailed annual examinations of each credit rating agency registered with the Commission and the Commission is required to make the essential findings of these examinations public*. The Commission must enact rules providing for transparency on the ratings performance of the agencies and mandating substantial disclosure of each agency's rating methodology. Dodd Frank imposes a series of corporate governance requirements for credit rating agencies, including the requirement that *at least one half of the Board of Directors of the agency shall be independent* (as defined by the statute), *that the compensation of the independent directors not be linked to the business performance of the rating agency, that independent directors have a term on the board*

to and requirements based on the use of credit ratings issued by NRSROs. Section 939(a) of Dodd-Frank Act requires them to review and modify their regulations to remove any reference to, or requirements of reliance on, credit ratings. An important implication is that U.S. regulatory agencies will have to rely on standards of creditworthiness other than credit ratings.

*Liability*¹¹

Some scholars say that the problem of the credit rating industry does not originate in a lack of competition, but rather in the fact that CRAs are immune to civil (or criminal) liability in the event of rating errors. Insulated from such constraint, CRAs' have little incentive to act with restraint and caution in their ratings.

We can argue that *in the credit rating industry, disgruntled users are deprived of both the economic – i.e. competition – and legal – i.e. civil liability proceedings – retaliation mechanisms available on most markets.*

CRAs are not subject to the same fiduciary duties and «gate-keeper» liabilities faced by other financial intermediaries: that is because CRAs do not have access to the same extent of files and company data that others might have (e.g. auditors), and that they do not conduct any independent scrutiny of the accuracy and exhaustiveness of the provided information. Moreover increased liability could lead to:

(i) Defensive ratings, whereby the CRA will invest time and resources not in making the product better, but in making it more «liability-proof». This may represent a significant social waste.

not exceeding five years and that the Board of Directors has specific duties to oversee methodologies for determining credit ratings, conflicts of interest, the internal control system, and compensation and promotion policies.

Dodd Frank requires the Securities and Exchange Commission to adopt rules that will significantly increase the regulation of credit rating agencies under the securities laws. The statute and the regulations affect everything from rating methodologies used by the agencies to the corporate governance of the organizations themselves. At the same time, the statute and those regulations will make the credit ratings of NRSROs much more transparent and easier for third parties to evaluate. The sanctions for failure to adhere to the statute and regulations are severe and may lead to the revocation of the registration of an agency with the Securities and Exchange Commission.

¹¹ G. HUSISIAN, *What Standard of care Should Govern the World's Shortest Editorials? An Analysis of Bond Rating Agency Liability* - January, 1990, 75 Cornell L. Rev. 411.

(ii) Cross-subsidization of the increased costs. The CRA will pass on the costs to its subscribers in a uniform manner. This however will work to the detriment of smaller subscribers who will be indirectly subsidizing the larger ones.

(iii) Reducing the number of ratings for smaller and first-time issuers. Those are the most difficult to rate, and the most likely to absorb the costs of increased liability.

Moreover, increased liability would inarguably lead to huge evidentiary burdens for the aggrieved party in establishing negligence, and equally heavy burdens for courts in distinguishing significant factors from insignificant ones. Finally, it should be noted that CRA immunity principally stems from the designation of their reports as «opinions» which are protected by the First Amendment, within the ambits of Freedom of Speech and Freedom of the Press¹².

However, it appears that in cases where the credit rating agency has not only played the role of information gatherer but has rather assisted in structuring the transaction, a case for liability might be more plausible. CRA speech is sometimes «professional speech». Moreover, courts have in several instances underlined that the First Amendment immunities and protections are not absolute but qualified [Newby v. Enron Corp 2005 and County of Orange v. McGraw Hill 1998]. It appears that increased liability as a derivative of greater regulation can no longer be crushed on the grounds of absolute immunity, especially the more a CRA is distanced from traditional financial publishing.

¹² For further inputs see jurisprudence and critics about the actual-malice standard in J.W. HEGGEN, *Not Always the World's Shortest Editorial: Why Credit-Rating-Agency Speech Is Sometimes Professional Speech* - Iowa Law Review [vol. 96: 1745].

ANDREA ALLEGRI

CREATIVE COMMONS

The paper represents a critical reflection on the legal framework surrounding the delicate relations between art and freedom in the Internet age and the link between creativity and (the degrees of) protections provided by the law.

Taking into consideration the distinction between famous artists, which works are usually renowned and have relevant economic value, and emerging artists, some impressions could arise from the following question: how can a young musician, blogger or photographer negotiate a balance between the copyright protection (and consequent restraints) and the need of maximum circulation and availability of their works?

Starting from the awareness of a substantial inadequacy of the Italian legal framework, the author gives some hints that could help answer the question, describing the licenses provided by Creative Commons.

Qualche settimana fa ho ricevuto in regalo un dvd con allegato un libro contenente una conversazione in forma scritta con Juan Carlos De Martin, professore di Ingegneria e co-fondatore di «Creative Commons Italia». Il dvd («Rip! A remix manifesto») e il piccolo volume trattano il difficile rapporto tra arte e libertà, nell'epoca del dominio di Internet.

Lo stesso De Martin definisce il diritto d'autore come un insieme di «regole vecchie di secoli» che «vengono applicate in un mondo che nel frattempo è completamente cambiato»¹.

Ritengo questa frase emblematica: attualmente l'intera materia è disciplinata da leggi che non tengono conto dell'ormai intensa utilizzazione della «rete», che va a sostituire l'uso dei supporti materiali (rendendo tra l'altro più agevole anche la violazione proprio

¹ B. GAYLOR, *Rip! A Remix Manifesto*, Milano, 2008.

di queste «regole vecchie di secoli»). Mi riferisco ad esempio alla Legge 22 aprile 1941 n. 633, conosciuta come «legge sul diritto d'autore». Tale legge disciplina i diritti goduti dall'autore, che possono essere distinti in diritti morali e diritti patrimoniali. Sinteticamente, sono diritti morali il diritto alla paternità, all'integrità, il diritto di ritirare dal commercio l'opera e il diritto di inedito. Tra i diritti patrimoniali, invece, si possono annoverare il diritto di utilizzazione economica, di utilizzazione, di prima pubblicazione, di riproduzione e di distribuzione. Il rapporto tra questi due diritti dà origine a un contrasto dottrinale tra i sostenitori di una «teoria monistica», secondo cui il diritto d'autore sarebbe un diritto unitario e i fautori di una «teoria dualistica», che invece li considera come diritti soggettivi distinti, con regime e natura diversi, per lo meno con riguardo alla titolarità e disponibilità². Questa seppur sintetica distinzione risulterà importante per l'analisi delle clausole delle licenze di Creative Commons.

In generale, risulta evidente come il problema inerisca principalmente il rapporto tra Internet e le legislazioni (nazionali e non); tale problema si è evidenziato maggiormente negli anni novanta, quando l'uso della «rete» è diventato massiccio: ci si era resi conto di come Internet potesse essere una risorsa incredibile per diffondere «la propria arte», ma, allo stesso tempo, di come l'aumento esponenziale della quantità di queste opere potesse comportare una cristallizzazione della diffusione delle opere stesse, a causa delle leggi sul diritto d'autore.

Come simpaticamente sostiene De Martin, «c'è il rischio pazzesco che questa enorme produzione, che in realtà nella maggior parte dei casi non vogliamo tutelare in maniera forte come l'ultimo film della Pixar, venga protetta per le prossime tre-quattro generazioni»³.

In altre parole, si vogliono tenere distinti i casi in cui si vuole impedire la libera diffusione di opere di artisti famosi, opere il cui valore commerciale è molto rilevante, dai casi in cui a venir tutelati sarebbero le opere di artisti emergenti; in questo caso una tutela della stessa intensità della prima sarebbe addirittura dannosa. Infatti, un aspetto fondamentale è che la diffusione su Internet, nella stragrande maggioranza dei casi, non è mirata direttamente al guadagno economico, ma alla possibilità di farsi conoscere.

² Sul punto P. AUTERI in *Diritto Industriale - proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012.

³ GAYLOR, *op. cit.*, Milano, 2008.

Per dare una risposta a queste esigenze sono sorte le licenze Creative Commons.

Negli Stati Uniti, tra il 2000 e il 2001, è stato ideato uno strumento gratuito che permette a chiunque di diffondere la propria opera, a determinate condizioni.

In sostanza, la sua finalità (e punto di partenza logico) si trova agli antipodi rispetto alla tradizionale iscrizione alla SIAE (Società Italiana degli Autori ed Editori, ente pubblico associativo che si occupa della gestione collettiva dei diritti di utilizzazione delle opere, monopolizzando l'attività di mediazione): con tale licenza ognuno rinuncia alla protezione offerta dalla legge, per consentire un utilizzo più libero della propria opera. Il ritorno economico passa in secondo piano.

Tali licenze vengono descritte da James Boyle⁴ come un tentativo di trasformare la *commons theory* (teoria del bene comune) in *commons practice*, usando a tal fine i tradizionali strumenti del contratto, quindi rimanendo nel campo dell'accordo privato.

La domanda sorge spontanea: perché utilizzare questo strumento? La risposta risulta da quanto appena detto: oggi giorno bloggers, fotografi, musicisti vogliono farsi conoscere, non cercano (anche perché sarebbe pressoché impossibile) il guadagno immediato. E ciò appartiene anche alla logica del mercato: prima ti fai un nome e poi ci guadagni sopra.

È da rilevare come la SIAE non sembra rispondere a tali esigenze, al contrario, un dato allarmante e indicativo della situazione degli artisti in generale in Italia mostra come la maggior parte dei suoi iscritti non recupera il costo dell'iscrizione annuale, per stessa ammissione del suo presidente. Sembra evidente uno stato di crisi del sistema che coinvolge gli artisti professionisti, tanto più quelli emergenti che si sono affidati a tale ente.

Visitando il sito internet di Creative Commons Italia si scopre che tale organizzazione no-profit è sorta ufficialmente nel 2001 fondata dal professor Lawrence Lessig, della facoltà di Giurisprudenza di Stanford. In Italia nel 2003 viene avviato il progetto di traduzione e adattamento di tali licenze all'ordinamento italiano. Tale progetto è stato condotto dal già citato professor De Martin e dal noto giurista Marco Ricolfi (anche tra gli autori del già citato libro di testo del corso di Diritto Industriale, vd. nota 2). Da quanto

⁴ J. BOYLE, *Cultural Environmentalism and Beyond, Law & Contemporary Problems* 5, 9, 2007, vol. 70-SPG.

si apprende, il lavoro di adattamento non è stato affatto semplice, in quanto è stato effettuato non solo per l'Italia, ma per ben 50 ordinamenti diversi.

Punto focale dell'intero sistema di queste licenze è la libertà di diffusione: come ho già detto, con tale licenza non si cerca di impedire che altri utilizzino l'opera, anzi, la finalità è diametralmente opposta, in quanto si cerca di diffonderla più facilmente. Usando la terminologia statunitense, si oppone al tradizionale principio *all rights reserved* il più «liberale» *some rights reserved*. Rimane salvo ovviamente il diritto ad essere riconosciuti come autori dell'opera (uno dei cosiddetti «diritti morali», già presenti nel diritto d'autore). Ma non è l'unico vincolo alla diffusione; esistono più tipologie di licenze e si può anche porre il divieto di sfruttare l'opera a fini commerciali. Quanto appena detto è espressamente previsto nel «Creative Commons Codice Legale», il quale divide per articoli tutta la disciplina riguardante le licenze, dalle definizioni alla risoluzione. Si specifica anche che l'associazione «si esime da ogni responsabilità per i danni derivanti dall'uso delle stesse»⁵.

Più analiticamente, sono quattro le clausole delle licenze in questione, con la possibilità di combinarle tra loro:

- il primo è un attributo obbligatorio, quindi è sempre presente ed è appunto il diritto di attribuzione
- la clausola «non uso commerciale» attribuisce solo all'autore l'uso economico dell'opera
- la clausola «non opere derivate» impedisce in sostanza le deformazioni dell'opera
- la clausola «condividi allo stesso modo» invece permette di modificare l'opera, ma la stessa deve essere rilasciata secondo le condizioni scelte dall'autore, previste nell'originaria licenza.

Combinando queste clausole si ottengono le sei licenze di Creative Commons:

- la licenza di attribuzione (*the attribution licence*): è la licenza meno restrittiva, in quanto permette la modifica, la distribuzione e anche l'uso commerciale dell'opera, purché si menzioni l'autore della stessa;
- la licenza di attribuzione – non opere derivate (*the attribution non derivative works licence*): oltre a menzionare l'autore, si ha l'obbligo di non deformare l'opera, quindi residua la possibilità di copiarla e distribuirla anche per fini commerciali;

⁵ <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/it/legalcode>.

– la licenza di attribuzione – non uso commerciale (*the attribution non commercial licence*): è permesso modificare l'opera, ma oltre a riportare il nome dell'autore, si impedisce l'uso economico dell'opera;

– la licenza di attribuzione – condividi allo stesso modo (*the attribution – share alike licence*): si può modificare l'opera, se ne può fare anche un uso commerciale, ma oltre all'obbligo di menzionare l'autore, si deve distribuire l'opera derivata sotto la stessa licenza di Creative Commons dell'originale.

– La licenza di attribuzione – non commerciale, condividi allo stesso modo (*the attribution non commercial share alike licence*): attribuisce la stessa facoltà di cui sopra, ma solo per scopi non commerciali;

– La licenza di attribuzione – non commerciale, non opere derivate (*the attribution non-commercial no derivative works licence*): è la licenza più restrittiva delle sei; infatti, è permesso solo poter condividere l'opera, senza modifiche e per scopi non commerciali.

Un dato curioso è che queste licenze non vengono utilizzate solo dai cosiddetti artisti emergenti, ma anche da enti o quotidiani importanti. Ad esempio, la Camera dei Deputati pubblica dei dati con tali licenze (nello specifico con le clausole di attribuzione e di condivisione allo stesso modo), oppure il Ministero dell'Interno, della Salute, il quotidiano La Stampa pubblicano degli inserti sempre con tali licenze.

Come ho anticipato prima, le licenze di Creative Commons segnano una rottura con i tradizionali strumenti concessi dal nostro ordinamento; mi riferisco in particolar modo all'attività della SIAE, la cui funzione è quella di mediare nella concessione delle licenze, oltre a quella di controllo ed eventuale perseguimento delle utilizzazioni abusive. In sostanza si assiste a una sorta di gestione collettiva dei diritti di utilizzazione, ma in una situazione di monopolio legale. Come recita l'articolo 180 della legge sul diritto d'autore (la già citata legge 22 aprile 1941 n. 633), «l'attività di intermediario, comunque attuata, sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche di cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate, è riservata in via esclusiva alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.).

Tale attività è esercitata per effettuare:

- 1) la concessione, per conto e nell'interesse degli aventi diritto, di licenze e autorizzazioni per l'utilizzazione economica di opere tutelate;
- 2) la percezione dei proventi derivanti da dette licenze ed autorizzazioni;
- 3) la ripartizione dei proventi medesimi tra gli aventi diritto.

L'attività dell'ente si esercita altresì secondo le norme stabilite dal regolamento in quei paesi stranieri nei quali esso ha una rappresentanza organizzata.»

Come si intuisce, è un sistema che non si adatta alle esigenze di quegli artisti emergenti che hanno l'esigenza primaria di farsi conoscere piuttosto che controllare ossessivamente che non vi siano terzi che utilizzino gratuitamente (e quindi abusivamente) la propria opera. Per non parlare del fatto che ormai gli stessi artisti che godono di una certa fama, consapevoli del fatto che l'uso massiccio di Internet per la fruizione delle loro opere non può arrestarsi, cercano altre mezzi come fonti di guadagno, basti pensare ai concerti, al merchandising, alla pubblicità.

È importante sottolineare che questo strumento non rimane esente da critiche. Alcune di esse sono di carattere più generale, come quella avanzata da P.B. Toth⁶, il quale asserisce che in realtà il concetto di *some rights reserved* era stato già fatto proprio nel sistema del copyright americano, con la conseguenza che l'introduzione del sistema di Creative Commons abbia creato solamente un dualismo fuorviante.

Altra critica è stata mossa dall'ingegnere di software Emanuele Somma⁷, il quale sostiene che se l'utente dovesse scegliere erroneamente una tipologia di licenza (ad esempio una licenza di attribuzione – uso non commerciale) potrebbe «bloccare il materiale più di quanto non lo bloccheresti con una normale licenza di distribuzione». Prosegue arrivando addirittura ad insinuare «che non è detto che quella comunità sia una comunità tra virgolette di libertà: potrebbe essere una comunità che si nasconde dietro questo strumento che potrebbe anche essere libero, potrebbe anche essere uno strumento estremamente liberale per fare qualcosa che lo è un po' di meno».

⁶ P.T. TOTH Creative Humbug (http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=118, 2009).

⁷ Intervento radiofonico su "Radioradicale" del 21 giugno 2005. Per la trascrizione: <http://www.creativecommons.it/pipermail/community/2005-June/000724.html>.

Oltre a questo genere di critiche, ve ne sono altre di carattere strettamente tecnico, ad esempio è stata criticata⁸ la c.d. clausola iCommons (presente in tutte le licenze) che prevede l'applicabilità della licenza di diritto statunitense qualora le facoltà legali concesse in licenza siano esercitate in una giurisdizione diversa da quella italiana. Ciò che si dubita è che «il consenso possa validamente formarsi su un testo contrattuale, espresso in una lingua che non tutti potrebbero conoscere, richiamato solo *de relato*». E inoltre, «non si comprende perché la licenza di diritto statunitense, tra l'altro contenente elementi di estraneità rispetto ai nostri principi [...], possa meglio tutelare il licenziante». A tal riguardo si è proposto di «lasciare che la licenza C.c. italiana, conosciuta e accettata dall'autore originario, venga applicata alla luce del sistema giuridico individuato in base alle regole di diritto internazionale privato dello Stato in cui la tutela è chiesta».

Al di là delle suddette critiche, è oggettivo il seguente dato: si assiste a una trasformazione del mondo dei diritti concessi agli autori di «opere dell'ingegno».

Come ho già accennato, anche gli artisti che godono di notorietà stanno mutando i mezzi da cui ricavare gli introiti, come, ripeto, performance dal vivo oppure ricorrendo alla pubblicità. Non è quindi azzardato ipotizzare un futuro prossimo in cui la musica in sé e per sé tornerà ad essere gratuita, come lo era tempo fa. Un tempo in cui il valore del musicista era considerato senza far riferimento alle sue capacità di vendita, ma alle sue qualità perché non era questione di ritorno economico, ma di pregio, di orgoglio, anche nazionale. Sebbene componessero spesso su commissione, ciò veniva fatto primariamente per la «fama» e per senso di gratificazione. Poco importava a un ammiratore di Mozart (perché di musica classica si parla quando si fa riferimento a tali tempi) che terzi riproducesse un suo componimento, la differenza risiedeva nel talento.

Anche non eccedendo in sentimentalismi esagerati, a mio parere, se questo fenomeno dovesse portare a un ritorno alla gratuità della musica (sotto il punto di vista della utilizzazione e diffusione di terzi, sia chiaro, non nella gratuità dell'attività di musicista, anche perché è da sempre un lavoro, e in quanto tale, remunerato) si tornerà ad esaltare maggiormente quello che la musica è: arte.

⁸ La critica è di V. VINCIGUERRA, *Nota critica sulle licenze Creative Commons* (http://www.sassiland.com/notizie_matera/notizia.asp?id=10533&t=nota_critica_sulle_licenze_creative_commons).

PIETRO DE CORATO

«IL SUPREMO GARANTE DELL'EQUILIBRIO
TRA I POTERI DELLO STATO»¹

This paper analyses the role of the President of the Republic in the Italian constitutional framework after the ruling of the Italian Constitutional Court (n° 1/2013), compared to the different conception resulting from a previous case (ruling n° 200/2006).

While in 2006 it was described as a power very far from the political scene, in 2013 it has been painted as an organ that needs to stay constantly in touch with political figures, keeping its conversations secret to fulfill its functions. This changing point of view may depend from the different economic, social and political context in which the role of the President has been interpreted.

The work has been inspired by the lessons held at Sapienza University of Rome by professor Massimo Luciani.

La prima pronuncia della Corte Costituzionale nel 2013 ha avuto ad oggetto un conflitto di attribuzioni tra la Procura di Palermo ed il Presidente della Repubblica, in seguito ad intercettazioni telefoniche indirette e occasionali, effettuate su quest'ultimo nel corso delle indagini sull'ex Senatore Nicola Mancino, nell'ambito della riapertura del procedimento sulla cosiddetta «trattativa tra Stato e mafia» avvenuta tra il 1992 e il 1994.

Il ricorso del Presidente della Repubblica (poi accolto) era mirato alla distruzione delle intercettazioni che lo riguardavano (ex art. 271 c.p.p.), in forza della pacifica irresponsabilità penale, per gli atti effettuati nell'esercizio delle sue funzioni, desumibile dall'art. 90 della Costituzione.

Il regime delle immunità degli organi costituzionali, come la maggior parte degli istituti giuridici, ha origini storiche molto an-

¹ Corte Costituzionale sent. n. 1/2013.

tiche e sebbene possa essere considerato, ad una analisi poco approfondita, un residuo storico di quelli che erano i privilegi personali dei nobili nelle monarchie assolute, si inserisce nel nostro panorama costituzionale come fondamentale deroga al principio di uguaglianza mirato a garantire la reciproca autonomia e indipendenza tra poteri dello Stato, nell'esercizio delle funzioni attribuite a ciascuno²; tanto è vero che nella stessa Dichiarazione del 1789, nell'art. 1, i rivoluzionari francesi stabilirono che «le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune» come deroga alla prima parte dell'articolo in cui proclamavano: «Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti».

L'origine storica dell'intangibilità del Presidente della Repubblica, affonda le sue radici nelle monarchie assolute dove il Re era considerato sacro ed inviolabile. Gli studiosi medioevali inglesi arrivarono a teorizzare che il Re avesse due corpi: uno naturale, soggetto a tutte le imperfezioni cui sono soggetti gli altri esseri umani, ed uno politico, «le cui membra sono i suoi sudditi [...], ed egli fa tutt'uno con loro ed essi con lui, ed egli è il capo e loro sono le membra, ed egli è l'unico ad avere governo su di essi»³, considerato infallibile (*King can do no wrong*) e privo di tutte le imperfezioni cui è soggetto il corpo naturale. La teorizzazione del corpo politico serviva a dare l'idea di continuità dello Stato, nonostante il susseguirsi dei Re. Difatti alla morte di un Re il corpo naturale si separava da quello politico, destinato ad affiancare un altro, diverso, corpo naturale. Il Presidente della Repubblica ha ereditato dalle monarchie assolute la qualifica di capo dello Stato e di rappresentante dell'unità nazionale e, nonostante abbia una serie di poteri formali stabiliti dall'art. 87 e da altri articoli della Costituzione, secondo parte della dottrina, avrebbe anche altri poteri informali data la sua funzione di ultimo garante della continuità dell'apparato statale e costituzionale, di fronte al continuo avvicinarsi dei Governi⁴. Questi poteri informali, non tipicamente disciplinati dalla Costituzione, si accrescerebbero sensibilmente durante i periodi di crisi, mentre resterebbero quasi quiescenti quando le dinamiche tra poteri dello Stato funzionano correttamente. Un attacco

² T.F. GIUPPONI, *Il Presidente intercettato*, in seminario *Amicus Curiae*, 2012.

³ E.H. KANTOROWICZ, (1957). *I due corpi del Re: L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, 1989.

⁴ C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *E.D.*, VI, Milano, 2009; G.U. RESCIGNO, A. CASSESE, G. DE VERGOTTINI, a cura di G. BRANCA, *Il Presidente della Repubblica. Art. 83-87*, Bologna & Roma, 1978.

che è stato mosso a questa dottrina si fonda sul fatto che non si potrebbe sapere *a priori* chi garantirà il mantenimento della pace sociale durante un periodo di crisi, poiché la Costituzione tace su questo punto. Essendo inoltre una crisi per definizione imprevedibile nei suoi effetti, individuare aprioristicamente nel Presidente della Repubblica il reggitore dell'ordinamento sarebbe operazione errata da un punto di vista logico⁵.

Tuttavia, per tentare di far chiarezza su questo organo così sfuggente a una definizione che ne delimiti in maniera certa poteri e attribuzioni, potrebbe essere di aiuto analizzare la differente interpretazione del ruolo del capo dello Stato nei confronti della politica, che è stata data dalla giurisprudenza Costituzionale nella sent. n. 200 del 2006 e nella sent. n. 1 del 2013.

È curioso notare che i conflitti di attribuzione in cui sia parte il Presidente della Repubblica siano stati solo tre dal 1948 ad oggi; considerato però che il primo riguardava tutti i supremi organi costituzionali⁶, le uniche due pronunce su questa problematica sono le sentenze sopracitate.

Nella sent. 200/2006 il Presidente della Repubblica ricorreva alla Corte in seguito al rifiuto da parte del Ministro della giustizia di controfirmare l'atto di grazia per Ovidio Bompressi. Tralasciando in questa sede tutte le problematiche che si sono aperte in seguito alla pronuncia sul potere di grazia e la funzione della controfirma ministeriale⁷, ci interessa soffermarci sulla descrizione operata da parte della Corte Costituzionale sul Capo dello Stato, quale organo *super partes*, «rappresentante dell'unità nazionale», estraneo a quello che viene definito «circuito dell'indirizzo politico-governativo» e che dunque avrebbe dovuto adottare il «provvedimento di clemenza» in modo «imparziale» e apprezzando «la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari» che lo giustificano⁸. L'immagine che la Corte offre è quella di un Presidente della Repubblica asettico e impermeabile alle vicende politiche, mentre restano seri dubbi sulla *apoliticità* del provvedimento di grazia, vista anche la drastica diminuzione dell'utilizzo di questo istituto negli ultimi decenni.

⁵ M. LUCIANI, M. VOLPI, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997.

⁶ Corte Costituzionale sent. n. 129/1981.

⁷ Per approfondire questa tematica vedi G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica*, in G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2011, pp. 437-446.

⁸ Corte Costituzionale sent. n. 200/2006.

Ben diverso è lo scenario prospettato nella sent. n. 1/2013.

Per entrambe le parti era pacifico che in nessun caso si possa intercettare il Presidente della Repubblica, né in via diretta, né in via indiretta, ma preordinata al fine di mettere sotto controllo il soggetto tutelato dall'immunità. Il caso in questione si riferiva però a intercettazioni indirette e occasionali. Riguardo a queste ultime esistono opinioni contrastanti a proposito della loro utilizzabilità o meno in un processo penale e dipendono dall'interpretazione che si dà dell'art. 90 della Costituzione. Da una parte, essendo coperti da immunità solo gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni attribuite al Presidente, le intercettazioni effettuate su atti extra-funzionali dovrebbero essere fatte salve, mentre se riguardano atti funzionali dovrebbero essere distrutte *ex art. 271 c.p.p.* D'altra parte, una dottrina sicuramente minoritaria che non si fonda su una base testuale in Costituzione, ritiene che esista, per i reati commessi con atti extra-funzionali, un'improcedibilità fino al termine del mandato, invocando un'analogia con una regola consuetudinaria di diritto internazionale. Secondo questa norma, i capi di Stato stranieri non potrebbero essere processati in un altro Paese⁹.

Tuttavia, essendo il Presidente della Repubblica responsabile solo per alto tradimento e per attentato alla Costituzione (*ex art. 90*), le intercettazioni occasionali in cui si abbia notizia di questi reati sono sicuramente procedibili. In questa sentenza la Corte, in via interpretativa, ha ampliato la procedibilità ai casi in cui siano messi a repentaglio beni costituzionali di fondamentale importanza come la vita o la libertà personale.

Per risolvere il conflitto, la Corte compie allora «un'interpretazione sistematica» del ruolo del Presidente della Repubblica, volta ad una «ricostruzione coerente dell'ordinamento costituzionale».

Partendo dall'articolo 87 della Costituzione, descrive quindi il Presidente della Repubblica quale capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale, «nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica». Le sue attività sarebbero dunque indirizzate alla moderazione o allo stimolo degli altri poteri.

Per svolgere questo ruolo di «garante dell'equilibrio costituzionale e di magistratura d'influenza, il Presidente deve tessere co-

⁹ RESCIGNO, *op. cit.*, Bologna, 2011.

stantemente una rete di raccordi» per bilanciare le eventuali posizioni di conflitto. Questa funzione viene esercitata tramite attività informali che, se venissero rese pubbliche, perderebbero di efficacia. La Corte giunge dunque alla conclusione «dell'intangibilità delle comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato» e dispone la distruzione delle intercettazioni effettuate *ex art. 271 c.p.p.*¹⁰, considerando le attività di cui sopra, rientranti nell'esercizio delle attribuzioni presidenziali.

È lampante come sia cambiata la concezione del Presidente: da asettica e lontana dalla politica (nella sent. n. 200/2006) a centrale ed influente sui poteri dello Stato (nella sent. n. 1/2013).

Questo netto cambio di prospettiva potrebbe anche essere dovuto al mutamento del contesto economico-politico in cui si collocano le due sentenze. Da questo punto di vista appare evidente che, in seguito alla turbolenta vicenda politica che stiamo attraversando e la crisi che imperversa sull'economia mondiale, l'organo di garanzia della continuità dell'apparato costituzionale ampli quei poteri informali volti al mantenimento della pace sociale dei quali, nel 2006, ancora non si sentiva la necessità.

¹⁰ Corte Costituzionale sent. n. 1/2013.

ANDREA PANTANELLA

EVOLUZIONE E PROSPETTIVE DEL DANNO ALLA PERSONA

This paper is about the evolution of the institute of compensation for personal damages, analyzed through its brief history, until the last holdings of the Italian Corte di Cassazione.

After the description of the first forms of compensation known in the ancient societies and the first forms of liquidation of damages, it focuses on the problem of its assessment in the Italian case law and doctrine of the last century. Facing the issue of the non-patrimonial damage, it gives a panoramic of the actual legal framework and a proposal for a constitutionally orientated reform.

La questione di come indennizzare il danno all'organismo umano è molto risalente nella storia, in quanto sin dalla civiltà babilonese abbiamo testimonianza di un sistema sanzionatorio che si fondava sul principio di compensazione (per esempio, piede rotto = 10 sicli d'argento)¹.

Nella storia contemporanea si ripropose il problema di tradurre in termini monetari le menomazioni dell'integrità psico-fisica e, all'inizio del XIX secolo, Melchiorre Gioia creò un metodo consistente nel capitalizzare il lucro cessante presunto in base al reddito del danneggiato, utilizzando la cosiddetta *Regola del Calzolaio*²: se un calzolaio produce 4 scarpe al giorno, ma dopo il danno subito non ne può produrre che 2, allora il danneggiante gli deve risarcire il valore delle 2 scarpe che non può più produrre per i giorni che gli restano in vita, detratti quelli festivi.

¹ Codice Ur-Nammu, 2000 a.C.

² M. GIOIA, *Dell'ingiuria dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i tribunali civili*, Milano, 1821.

Questo metodo, tuttavia, aveva l'evidente difetto di garantire un risarcimento solo nel caso in cui il danneggiato fosse un lavoratore e la lesione ne avesse concretamente almeno limitato l'efficienza lavorativa.

Questa concezione fu superata negli anni '20 del secolo scorso da Antonio Cazzaniga³ il quale riteneva che il danno alla persona sarebbe dovuto essere indennizzato a prescindere dalle concrete conseguenze economiche. A tal fine, egli formulò in contrapposizione alla "capacità lavorativa specifica" (attitudine a svolgere il lavoro concretamente in atto) il concetto di "capacità lavorativa generica" (efficienza produttiva dell'individuo), intesa come efficienza che, se menomata dal danno alla persona, riduce le prospettive di guadagno futuro, suscettibili, pertanto, di risarcimento come lucro cessante. Per consentire in questi casi l'indennizzo, si presume che il soggetto abbia subito un pregiudizio economico.

Tuttavia, anche questa concezione presentava problemi. Infatti, se il danneggiato non percepiva alcun reddito (per esempio, nel caso di un disoccupato, di un minore, di una casalinga, ecc.), se ne doveva creare uno fittizio cui far riferimento, con il forte rischio di sperequazioni, in quanto ci sarebbero stati risarcimenti diversi in base alla condizione sociale. Ad ogni modo, la teoria del Cazzaniga fu applicata per almeno tre decenni dalla giurisprudenza, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ed in particolare dell'articolo 32.

Si devono aspettare gli anni '50 e l'opera di Cesare Gerin⁴ per assistere alla definitiva evoluzione della disciplina. Gerin, infatti, riteneva che la salute (diritto fondamentale tutelato ormai in Costituzione) dovesse essere tutelata secondo il concetto di "validità", intesa come efficienza psico-fisica allo svolgimento di qualsiasi attività, lavorativa ed extralavorativa. Pertanto, qualunque compromissione di tale validità sarebbe dovuta essere risarcita a prescindere da ogni ripercussione, reale o fittizia, sulle capacità reddituali del soggetto.

Questa teoria fu accolta nel 1974 dal tribunale di Genova che stabilì come ogni menomazione dell'efficienza psico-fisica della persona, costituendo una lesione alla salute (*ex* articolo 32 della

³ A. CAZZANIGA, *Le basi medico-legali per la stima del danno alla persona da delitto e quasi delitto*, Milano, Ist. Ed. Scientifico, 1928.

⁴ C. GERIN, *Valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, in *Riv. infortuni*, Trieste, 1953.

Costituzione), sia di per se stessa risarcibile quale fatto ingiusto ai sensi dell'articolo 2043 c.c., anche in assenza di ripercussioni di natura economica. Se poi dalla lesione deriva anche un danno patrimoniale, questo deve essere risarcito a parte, come a parte va risarcito il *danno morale* nel caso in cui il fatto sia previsto dalla legge come reato, *ex* articolo 2059 c.c.

Così nacque, di fatto, il danno biologico, autonomo rispetto al danno economico (o patrimoniale) e anche al danno morale.

La Cassazione prese piena coscienza di tale figura con la sentenza n. 2396/1983, dove il *danno biologico* venne definito come la menomazione dell'integrità psico-fisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul «valore uomo in tutta la sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica».

Questa impostazione venne confermata nella storica sentenza 184/1986 della Corte Costituzionale, che contribuì a definire l'assetto secondo cui il danno biologico riguarda ogni evento che pregiudichi il danno alla salute (comprendendo, pertanto, alcune voci che precedentemente erano risarcite separatamente o alternativamente, come il danno alla vita di relazione, il danno alla vita sessuale, il danno estetico, ecc.), autonomo rispetto ad un eventuale danno patrimoniale e al danno morale (2059 c.c.).

Il suddetto assetto è ormai consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza, tuttavia la disciplina del danno alla persona ancora non ha trovato pace. Difatti, da più di un decennio parte della giurisprudenza di merito ha introdotto la controversa figura del *danno esistenziale*.

Tale tipologia di danno consisterebbe in un peggioramento della qualità della vita, inteso come impossibilità o limitazione di svolgere quelle attività attraverso cui il danneggiato sviluppava la sua personalità.

Sia dottrina che giurisprudenza sono in disaccordo sull'esistenza e sulla posizione che deve assumere il danno esistenziale. Una parte della dottrina nega, infatti, che il danno esistenziale sia una figura autonoma, facendola rientrare all'interno della categoria del danno biologico. Chi aderisce a tale dottrina ritiene che il danno biologico comprenda, oltre al danno estetico, al danno alla vita sessuale e al danno alla vita di relazione, anche quella tipolo-

gia di danno che incide sulla capacità di compiere quelle attività areddituali che concorrono alla realizzazione della personalità del soggetto danneggiato, di fatto il danno esistenziale.

Anche un'altra dottrina nega l'autonomia del danno esistenziale, ma sulla base di argomentazioni diverse. Questa corrente di pensiero, che tra l'altro può vantare anche un riconoscimento in Cassazione⁵, sostiene che l'autonoma categoria del danno esistenziale, inteso quale pregiudizio alle attività non remunerative della persona, non sia ammissibile nel nostro ordinamento atteso che, ove in essa si ricomprendano i pregiudizi scaturenti dalla lesione di interessi della persona di rango costituzionale, essi sono già risarcibili ai sensi dell'articolo 2059 c.c., con la conseguenza che la liquidazione di un'ulteriore posta di danno comporterebbe un'inaccettabile duplicazione risarcitoria.

In altri termini, i sostenitori di tale dottrina ritengono che la tipologia del danno esistenziale rientri all'interno del danno morale.

Di diverso avviso è un'altra parte della dottrina che, al contrario, assegna alla suddetta controversa figura di danno dignità autonoma. A dire il vero, anche la Cassazione, con la sentenza 9009/2001, ha espressamente riconosciuto il danno esistenziale distinguendolo nettamente dal danno biologico. In questo caso, la Corte Suprema affermò che il danno biologico violava il diritto alla salute, *ex* articolo 32 della Costituzione, comportando una lesione fisica o psichica (quindi una patologia oggettiva); il danno esistenziale, invece, sarebbe consistito nella violazione del «libero dispiegarsi di quelle attività dell'uomo nell'ambito della famiglia o di altra comunità, trovando considerazione costituzionale ai sensi degli articoli 2 e 29».

La dottrina che sostiene la teoria autonomistica ritiene però che il fondamento testuale del diritto al risarcimento del danno esistenziale debba essere trovato nello stesso articolo 32 della Costituzione, considerando che l'ambito di applicabilità dello stesso non debba essere limitato alla semplice integrità psico-fisica. Il concetto stesso di salute, infatti, in linea con la definizione data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, attiene allo sviluppo della persona umana nella sua dimensione fisica, psichica e sociale. E proprio in tale ambito assume rilevanza il danno esistenziale.

Innanzi ad un contesto così incerto, chi scrive ritiene che, sebbene siano innegabili i punti di contatto tra le due figure di danno

⁵ Cassazione, sez. III, sent. n. 16424/2011.

biologico e danno esistenziale (soprattutto se si aderisce all'impostazione consequenzialistica del danno biologico), quest'ultima debba essere considerata una voce differente rispetto alla prima, e ciò in quanto ben si può verificare un danno esistenziale anche a prescindere dal danno biologico. A titolo esemplificativo, si pensi al caso di una violenza sessuale subita da un soggetto. In questo caso, il congiunto dell'abusato potrebbe non aver subito alcun danno biologico, tuttavia potrebbe aver patito un danno esistenziale, nel senso di un'alterazione della quotidianità familiare. È da casi di questo tipo che si possono dedurre l'indipendenza e l'autonomia del danno esistenziale.

Per quanto riguarda il fondamento testuale, si reputa corretto il riferimento all'articolo 32 della Costituzione, posto che il diritto alla salute, come si è già visto, attiene al valore uomo in tutte le funzioni esplicate nell'ambiente in cui vive e aventi rilevanza non solo economica, ma anche fisica, psichica, sociale, culturale ed estetica.

Pertanto, si auspica l'intervento del legislatore teso a riconoscere una posizione autonoma e differenziata (con conseguenti risarcimenti differenziati) al danno esistenziale rispetto al danno biologico, al danno morale e al danno patrimoniale, intendendo per danno biologico qualsiasi lesione alla sfera psico-fisica suscettibile di valutazione medico-legale, per danno morale tutto quanto di mesto e sofferenziale viene a toccare l'anima della vittima a causa dell'illecito subito (ad esempio, patemi d'animo, disperazione, sconforto, malinconia, ecc.), per danno esistenziale la limitazione di tutte quelle attività di ordine affettivo, sociale, ludico, artistico, ecc., che determina un peggioramento della qualità della vita, per danno patrimoniale tutti quei pregiudizi a carattere strettamente economico, come l'impossibilità di svolgere il mestiere.

Il legislatore potrebbe creare due figure di danno, uno *patrimoniale* ed uno *non patrimoniale*, articolando quest'ultimo in danno biologico, danno esistenziale e danno morale, differenziati e autonomi e da appurare di volta in volta in base al caso concreto. E ciò al fine di chiarire il sistema e di semplificarlo da un punto di vista processuale, evitando che nell'atto di citazione debba esserci l'esplicita richiesta di ogni specifica domanda risarcitoria, potendo pertanto limitarsi a chiedere il risarcimento di tutti "i danni non patrimoniali", sempre che si specifichino nelle argomentazioni difensive e nel corso del giudizio i peculiari aspetti che tali danni abbiano concretamente assunto nel suo particolare caso.

ELISA ARBIA

IL NUOVO “FILTRO” IN APPELLO: LA PRIMA ORDINANZA EX 348-BIS

In the light of the reform presented by statute n. 134/2012 (Legge Sviluppo, L. 7 agosto 2012 n. 134), with the insertion of a new article (art. 348-bis) in the Italian Civil Procedure Code which modifies the right to appeal (the judge may declare inadmissible the appeal if the appeal does not have «a reasonable chance to be upheld»), it is here published the first judicial order which has faced the issue of its first enforcement.

La garanzia del doppio grado di giudizio, assicurato nel nostro ordinamento dalle disposizioni ex art. 345 ss. del codice di procedura civile, rappresenta il frutto di un bilanciamento di interessi contrapposti: da una parte quello di non accontentarsi di un unico grado di giudizio, nel dubbio che possa essere viziato da qualche errore, o essere semplicemente ingiusto, o comunque perfettibile¹; dall'altro canto vi è l'esigenza di pervenire in tempi brevi, nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo, ad una situazione di certezza, ad un risultato definitivo. È in quest'ottica che devono essere considerati i recenti interventi normativi che, sulla scorta della giurisprudenza delle Sezioni Unite², hanno perseguito l'obiettivo di rendere l'appello un mezzo di impugnazione inteso come *revisio prior instantia*, piuttosto che un giudizio nuovo. In questo quadro d'insieme si inserisce l'intervento normativo della l. n. 69 del 2009 e, in ultimo, l'intervento apportato dalla Legge Sviluppo, l. del 7 agosto 2012, n. 134, con l'introduzione degli articoli 348-bis e 348-ter c.p.c.

¹ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2011.

² Cass. civ., Sezioni unite, n. 16/2000.

Il testo del nuovo articolo 348-*bis* prevede che, salvo i casi in cui si debba pronunciare una sentenza di inammissibilità o improcedibilità, il giudice competente possa dichiarare inammissibile l'appello qualora l'impugnazione non abbia «ragionevole probabilità di essere accolta». Sono sottratti al filtro gli appelli nei quali è previsto l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero *ex art.* 70 c.p.c., e le cause già introdotte in primo grado attraverso il rito sommario di cognizione.

L'articolo 348-*ter* prevede poi che il giudice nel corso dell'udienza di cui all'articolo 350 c.p.c. prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiari l'inammissibilità dell'appello con ordinanza succintamente motivata «anche mediante rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi».

Tale intervento risente evidentemente dell'influenza di Paesi come l'Inghilterra e la Germania, nei quali il secondo grado di giudizio è l'eccezione e non la regola³. Si tratta di Paesi in cui per accedere al mezzo d'impugnazione è necessario acquisire un parere conforme, come nel caso del *leave to appeal* inglese, o rispettare alcuni requisiti di valore o di rilevanza della causa, come nel caso del sistema tedesco. Lo scopo è evidentemente quello di deflazionare il carico di lavoro delle corti di appello italiane, sempre più costrette a far fronte a ingenti carichi di lavoro, in un contesto in cui la maggior parte degli appelli proposti risulta essere infondato se non addirittura inammissibile. Offrire dunque un rimedio contro gli appelli pretestuosi, proposti dalla parte soccombente, consapevole di aver torto, e con il solo scopo dilatorio⁴.

Le critiche a cui la riforma presta il fianco, da parte soprattutto della dottrina, sono due. Da una parte il riferimento alla clausola «ragionevole probabilità di essere accolta» potrebbe allargare indiscriminatamente il potere valutativo del giudice. Dall'altro canto il provvedimento *ex art.* 348-*ter* sarebbe il frutto di una valutazione sommaria.

L'ordinanza n. 5652 del 2012, di seguito riportata, rappresenta il primo provvedimento *ex art.* 348-*bis*. Con tale ordinanza il collegio giudicante ha dato risposta a diversi punti critici.

³ Sul punto si rinvia a R. CAPONE, *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, p. 1153; M. MOCCI, *Il filtro in appello, fra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2013; R. CAPONE, *Lavori in corso sull'appello nel processo civile all'insegna dell'incomunicabilità tra avvocatura e magistratura*, in www.iudicium.it.

⁴ CAPONE, *op. cit.*

Quanto al primo aspetto, ovvero la critica di eccessiva discrezionalità in capo al giudice, il collegio giudicante ha evidenziato come si tratti in realtà di un giudizio di manifesta inammissibilità dell'appello, in cui la discrezionalità sarebbe perciò da tale "evidenza" limitata. Da quanto si legge nell'ordinanza, inammissibile non è l'appello «che tale appare al giudice secondo la sua soggettiva percezione, a seguito di una sbrigativa lettura degli atti, ma è quello oggettivamente tale, perché palesemente infondato. Si può dire, quindi, che l'ordinanza di cui all'art. 348-bis c.p.c. non ha un contenuto concettualmente diverso dal nucleo centrale della sentenza: essa manca invece di tutto ciò che è superfluo a fronte di un appello manifestamente privo di fondamento».

Per quel che concerne la seconda critica, quella della sommarietà del procedimento, il collegio rileva che tale decisione d'inammissibilità adottata con ordinanza non è sommaria né per la superficialità del giudizio, né per la parzialità del giudizio. Il giudice d'appello ha accesso a tutti gli atti e le risultanze probatorie esaminate in primo grado, dal che se ne esclude a priori la sommarietà. Nell'ordinanza si legge «la cognizione *in iure* non è cognizione sommaria perché non può esserlo; la cognizione della ricostruzione del fatto non è di regola sommaria perché si fonda sulla valutazione dell'intero materiale acquisito in primo grado, riguardato attraverso la duplice lente».

Si tratta di un intervento importante, la cui portata dipenderà, com'è evidente, dalla fortuna che incontrerà tra le fila dei magistrati, in capo ai quali spetterà l'applicazione, e degli avvocati, i quali potrebbero veder limitare il proprio intervento in appello. L'ordinanza che qui si riporta, e che in maniera chiara e concisa individua i punti salienti della riforma, offre la possibilità di una serie di valutazioni, e di interessanti riflessioni critiche.

ORD. APPELLO DI ROMA III sez. Buonomo pres. Di Marzio rel - 23 gennaio 2013

Omissis

La novità dell'istituto che il collegio è chiamato ad applicare giustifica un suo preventivo inquadramento. Stabilisce l'art. 348-bis c.p.c. che: «*Fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta*».

Non ritiene il collegio – sebbene una simile opinione sia stata sostenuta da una parte della dottrina e trovi qualche aggancio nei lavori preparatori – che il giudizio di ragionevole probabilità di accoglimento si risolva in una valutazione sommaria assimilabile a quella identificata col *fumus boni iuris* che è condizione del rilascio dei provvedimenti cautelari. La sommarietà della cognizione, nel sistema del rito civile, difatti, si presenta, di regola, sotto due distinti profili: a volte intesa come cognizione superficiale, altre volte come cognizione parziale. La prima forma di cognizione sommaria si riscontra in un'ampia gamma di procedimenti, per l'appunto cautelari, e trova fondamento su una valutazione meramente deliberativa del materiale probatorio allo stato degli atti disponibile, salvo, di norma, il successivo controllo dell'esattezza della decisione sommaria mediante il giudizio di cognizione ordinaria. La seconda si riscontra nel caso dei procedimenti a contraddittorio eventuale e, segnatamente, nel procedimento per ingiunzione, nel quale il giudice conosce della fondatezza della pretesa solo attraverso la documentazione prodotta dal creditore istante.

Con riguardo al giudizio di appello, naturalmente, non può certamente discorrersi di cognizione sommaria perché parziale. Quanto alla configurabilità di una cognizione sommaria perché superficiale, occorre rammentare che l'appello può essere proposto in ragione della ricostruzione del fatto erroneamente operata dal primo giudice ovvero in dipendenza di violazioni di legge dal medesimo commesse:

i) in quest'ultimo caso non ha senso discorrere di cognizione sommaria perché superficiale, dal momento che la cognizione *in iure* non è suscettibile, per sua natura, di evolversi in ragione dello sviluppo del processo e degli ulteriori approfondimenti che, all'interno di esso, possono aver luogo; la cognizione *in iure* è insomma in se stessa cognizione piena;

ii) ma, anche dal versante della ricostruzione del fatto appare tutt'altro che agevole immaginare una cognizione del giudice d'appello meramente sommaria e, come tale, suscettibile di ulteriore approfondimento nel corso ulteriore del processo; il giudizio di appello, infatti, nel suo assetto determinato in particolare dall'ultima riforma, è pressoché integralmente chiuso ad ogni novità di alcun genere, sia sul piano delle allegazioni che delle acquisizioni probatorie: esso, al di fuori di ipotesi marginali, certamente non avute di mira dal legislatore, si riassume cioè nel riesame del materiale già acquisito in primo grado ai fini della verifica di ben determinati er-

rori commessi dal primo giudice nella ricostruzione del fatto; per altro verso, il giudizio di appello, con riguardo alla ricostruzione del fatto, non è compiuto nel vuoto ovvero sulla base di acquisizioni probatorie soltanto provvisorie, bensì, almeno di regola, sulla base del materiale probatorio già raccolto dinanzi al primo giudice; ed il giudice d'appello è tendenzialmente vincolato agli accertamenti di fatto compiuti in primo grado; neppure a tal riguardo, dunque, ha senso discorrere di cognizione sommaria, e tantomeno di *fumus boni iuris*, giacché il giudice fonda la propria decisione sulla valutazione delle intere risultanze del giudizio di primo grado, destinate perlopiù a rimanere ferme in quello di secondo. Insomma, la cognizione *in iure* non è cognizione sommaria perché non può esserlo; la cognizione della ricostruzione del fatto non è di regola sommaria perché si fonda sulla valutazione dell'intero materiale acquisito in primo grado, riguardato attraverso la duplice lente della sentenza impugnata e, quindi, dei motivi di impugnazione. L'aggettivo «sommario» è poi adoperato nella locuzione «Del procedimento sommario di cognizione», che intitola il capo aperto dall'art. 702-bis c.p.c.: ma, in questo caso, sembra doversi ritenere, con buona parte della dottrina, che la cognizione non sia sommaria, ma piena, sebbene attuata attraverso un procedimento semplificato ed informale. Posta tale premessa, sembra allora potersi dire che l'appello non ha ragionevoli probabilità di accoglimento quando è *prima facie* infondato, così palesemente infondato da non meritare che siano destinate ad esso le energie del servizio-giustizia, che non sono illimitate: questo, a parere del collegio, è il senso della riforma, volta ad interdire l'accesso alle (ed alle sole) impugnazioni dilatorie e pretestuose. L'ordinanza di cui all'art. 348-bis c.p.c., per questa via, si inserisce in un ampio intervento legislativo volto a sanzionare l'abuso del processo, abuso in cui si risolve l'esercizio del diritto di interporre appello in un quadro di plateale infondatezza. Appello privo di probabilità di accoglimento non è quello che tale appare al giudice secondo la sua soggettiva percezione, a seguito di una sbrigativa lettura degli atti, ma è quello oggettivamente tale, perché palesemente infondato. Si può dire, quindi, che l'ordinanza di cui all'art. 348-bis c.p.c. non ha un contenuto concettualmente diverso dal nucleo centrale della sentenza: essa manca invece di tutto ciò che è superfluo a fronte di un appello manifestamente privo di fondamento. Ciò, del resto, è reso manifesto dalla previsione del successivo art. 348-ter c.p.c. concernente il ricorso per cassazione contro la «doppia conforme». Tale

disposizione, infatti, circoscrive l'ammissibilità del ricorso per cassazione quando l'ordinanza di inammissibilità dell'appello «è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata»: il che vuol dire che l'ordinanza dichiarativa della ammissibilità non si allontana, sotto il profilo contenutistico, dalla sentenza, tanto che la motivazione dell'una può essere raffrontata con l'altra al fine di verificare se il giudice d'appello abbia deciso, in fatto, sulla falsariga della decisione adottata dal primo giudice. Il meccanismo della «doppia conforme» è d'altronde previsto anche per il giudizio di appello conclusosi come di norma con sentenza: il che val quanto dire, a conferma di quanto appena osservato, che tanto l'ordinanza di inammissibilità ex art. 348-bis c.p.c. quanto la sentenza d'appello, se fondate sulle medesime ragioni in fatto che la sentenza di primo grado, producono l'identico effetto di precludere il ricorso per cassazione ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. Anche questa osservazione, allora, rende manifesto che l'ordinanza e la sentenza si pongono da un punto di vista contenutistico sullo stesso piano. Si potrebbe dire – volendo paragonare un filtro all'altro – che l'ordinanza di cui all'art. 348-bis c.p.c. abbia un contenuto analogo a quello dell'ordinanza di cui all'art. 375, n. 5 c.p.c.: ordinanza cui – è da credere – nessuno attribuirebbe natura di provvedimento a cognizione sommaria, trattandosi di provvedimento soltanto semplificato rispetto alla sentenza. - *Omissis*.

ELISA ARBIA

DAL BROCARDO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*
ALLA GRADUALE RESPONSABILIZZAZIONE
DELLA PERSONA GIURIDICA

It is here presented a synthesis of a thesis discussed during the graduation session.

Since its first appearance at the end of 18th century, a corporation has been characterized by a general deresponsibilisation, also thanks to a strong anthropocentric approach in the legal systems. From the last years of 20th century European countries slowly opened a path through a progressive accountability, which eventually led to overcome the principle expressed in the maxim "societas delinquere non potest".

This paper faces the solutions that different European legal systems have been given to the issue.

Il d.lgs. n. 231/2001 ha avuto il pregio di porre in discussione l'affermazione tradizionale, secondo la quale, in base al brocardo "*societas delinquere non potest*", l'unico destinatario del sistema punitivo poteva essere la persona fisica. Da questa affermazione di base, che nel corso dei tempi ha finito per assumere i connotati di un assioma giuridico, è scaturito un sistema normativo e costituzionale tutto improntato sull'uomo. Un sistema di diritto antropocentrico, in una realtà in cui le persone giuridiche sono concepite come mera astrazione. Come rilevato da alcuni autori¹ il concetto di persona giuridica nasce tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento come finzione, duplicazione artificiale, e per ciò stesso limitata e pericolosa, del soggetto che era considerato "il soggetto unico del diritto" e coincidente con l'uomo singolo. In Italia come in Francia, lo stato di cose che è seguito alla rivoluzione francese,

¹ G. TARELLO, voce *Codificazione* in *Dig. disc. priv., Sezione civile*, Torino, 1988, p. 471.

ha comportato il venir meno di qualsiasi entità intermedia tra lo Stato e il soggetto-persona fisica. Secondo questo modello, le realtà associative rilevavano solo ed in quanto imitazione della persona fisica, in quanto autorizzate a esistere dall'ordinamento, e di conseguenza in quanto portatrici di interessi apprezzati e condivisi dallo Stato. In questo contesto, si comprende come, il brocardo *societas delinquere non potest*, fosse quanto mai in armonia e in linea con la concezione della persona giuridica². A ben vedere, infatti, si comprende come, se la persona giuridica esiste solo e in quanto autorizzata dall'ordinamento, il solo fatto che il *delinquere* non possa rientrare in tali scopi autorizzati, implicherebbe l'inconciliabilità di una responsabilità di qualsiasi genere in capo alla società, nella cui compagine si inserisce la persona fisica che ha commesso l'illecito vantaggioso per essa.

Da questi accenni storici la descrizione della normativa sulla responsabilità degli enti – introdotta in Italia dal d.lgs. 231/2001 – come una *rivoluzione copernicana, una svolta epocale, un mutamento irreversibile di paradigma*³ sembrerebbe rafforzata.

In realtà, come è stato evidenziato dalla dottrina più sensibile

² A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche* in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2002, 33; A. FIORELLA, G. LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Padova, 2004; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001; A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1° Costituzione*, in *Comm. Cost.*; E. AMODIO, *Rischio penale d'impresa e responsabilità dell'ente nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1287; A. ASTROLOGO, *La responsabilità degli enti*, in *Indice pen.* 03, p. 656; F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 956; F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *La resp. amm. delle società e degli enti* n. 2/2011; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2001, p. 1158; T. EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico dell'ente*, in *Dir. pen. e proc.* n. 10/2008, p. 1163; A. MANNA *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme* in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 507; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, p. 23; G. NUZZO, *Le misure cautelari. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni* (II), in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 1486; C.E. PALIERO, *Il d.lg. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giu.*, 2001, p. 846; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino, 2005; C. PELISSERO, *La «nuova» responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lg. 8.6.2001 n. 231). Disposizioni sostanziali*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 585; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 589; R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, ibidem, p. 89; G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla convenzione OCSE al Decreto n. 231 del 2001*, Milano, 2003, p. 87.

all'analisi della questione sotto un profilo storico⁴, si è di fronte ad «un'antica novità». È interessante rilevare, infatti, che prima dell'avvento di quella concezione sociale e culturale che ha costituito terreno fertile per il radicamento del principio di non responsabilità dell'ente, in particolare nell'ambito del diritto comune, è rintracciabile una consapevolezza del concetto di persona giuridica. A tale concetto ci si è riferiti ora con il termine generico di *persona*, ora con quello di *universitas*, per indicare un'entità autonoma, unitaria e distinta giuridicamente dalle sue componenti. In relazione a tali entità, non mancavano casi di responsabilità collettiva, riferibili alla società organizzata, che collettivamente vuole e decide un crimine. Frutto anche della fortuna che ebbero idee filosofiche quali la metafora organicistica nella rappresentazione dello Stato elaborata da autori quali Hobbes e Bodin, a partire dal XII secolo iniziarono infatti a moltiplicarsi disposizioni penali volte alla repressione di comportamenti illeciti da parte delle *Universitas*⁵. E così grazie ad un'elaborazione "raffinatissima", sin dal XII secolo la *scientia iuris* individuò una serie di criteri per identificare l'illecito ascrivibile alla collettività stessa e non ai suoi singoli componenti, trovando un punto di equilibrio tra autonomia organizzativa e necessità di evitare abusi.

Appare allora che la "rivoluzione" determinata dall'abolizione del principio di irresponsabilità della persona giuridica, non è altro che il superamento di quelle concezioni emerse alla fine del Settecento e sintomo di uno scetticismo nei confronti degli enti in quanto mera finzione, e più in generale di un diritto destinato ad essere costruito intorno all'uomo. La vera rivoluzione è rinvenibile quindi nella mutata realtà moderna, in cui l'uomo è solo uno dei soggetti che si muovono nello scenario del diritto.

³ In tal senso si esprime G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 657. Definisce la svolta di portata epocale PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 571. L'espressione rivoluzione copernicana è utilizzata da A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, n. 3, p. 501.

⁴ F. D'URSO, *Verso una novità antica: la responsabilità penale della persona giuridica*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 4.

⁵ D'URSO, *op. cit.*, a riguardo l'autore riporta una serie di esempi di particolare interesse storiografico, quali imperatori che minacciano comuni ribelli della distruzione o del pagamento di una salatissima pena pecuniaria, di liberi comuni che a loro volta prevedono minuziosamente nei loro statuti i crimini che potevano essere commessi dalle corporazioni di mercati e artigiani o dagli aggregati rurali sottomessi; o ancora, all'interno della Chiesa i pontefici si mossero in questa direzione, comminando interdetti o sciogliendo congregazioni.

I vari ordinamenti europei, incisivamente invitati dalla Comunità Europea, hanno così finito per abbandonare il principio della responsabilità degli enti, il quale comporta ormai costi maggiori rispetto ai prospettabili benefici.

Una volta sfaldata la cortina di cemento del brocardo *societas delinquere non potest*, la reazione è stata diversa, a seconda delle peculiarità dei diversi ordinamenti, che dietro la spinta comunitaria si sono dotati di un apparato normativo volto alla repressione della criminalità d'impresa. Oggi, quindi, tutti i Paesi dell'Unione Europea prevedono la responsabilità degli enti: si tratta di un principio che è ormai entrato a far parte del patrimonio giuridico europeo⁶.

⁶ La responsabilità da reato delle persone giuridiche nasce, a livello sovranazionale, con il II protocollo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità Europea adottato a Bruxelles il 19 giugno 1997. Tutti gli strumenti internazionali successivi, anche adottati in seno ad altre organizzazioni, non hanno fatto altro che seguire il modello introdotto in quell'occasione. L'Unione Europea ha avuto dunque un ruolo fondamentale. L'impulso decisivo apportato dall'Unione Europea è avvenuto inizialmente attraverso atti adottati nell'ambito del III pilastro. La produzione normativa del III pilastro, quale venuta delineandosi dopo la riforma operata dal trattato di Amsterdam, è infatti molto ricca di nuove ipotesi di reato alle quali gli Stati devono ricollegare la responsabilità degli enti collettivi di appartenenza. A queste fonti consuetudinarie, che vincolano gli Stati membri senza però sottoporre a sanzione la mancata ratifica, si sono poi aggiunte fonti normative quali direttive, la cui efficacia verticale implica un dovere in capo agli Stati membri di attuazione delle coordinate impartite, in modi e tempi precisi. Il vincolo che sorge in capo agli Stati membri è poi intensificato dal ruolo svolto dalla Corte di Giustizia la quale è competente a fornire interpretazioni pregiudiziali alle quali tutti gli organi degli Stati membri (giudici e pubblici amministratori compresi) sono tenuti ad attenersi, con il solo limite del divieto di aggravamento della responsabilità penale. Tra le norme dell'Unione Europea, di origine convenzionale e di III pilastro, che prevedono la responsabilità da reato delle persone giuridiche possono richiamarsi ad esempio le norme in materia di riciclaggio (in Italia, la legge 16 marzo 2006 n. 146, ha ratificato la Convenzione e i protocolli contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001); la disciplina in materia di frodi e falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti, (Decisione Quadro n. 413 del 28 maggio 2001); la disciplina in merito al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui alle norme 2002/90/CE e 2002/946/GAI in tema di corruzione privata è intervenuta la Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa, aperta alla firma il 27 gennaio 1999, e l'art. 21 della Convenzione globale dell'ONU sulla corruzione, firmata a Merida nel 2003, nonché la decisione quadro del 22 luglio 2003 (2003/568/GAI); Il traffico di stupefacenti è stato oggetto della decisione quadro 2004/757 del 25 ottobre 2004 sugli stupefacenti, la quale dedica due disposizioni (gli artt. 6 e 7) alla responsabilità delle persone giuridiche per i reati armonizzati nei precedenti artt. 2 e 3. In materia di criminalità informatica, la decisione quadro 2005/222/GAI, nell'introdurre una disciplina organica del contrasto penale alla informatica, contempla all'art. 8 un'ipotesi di responsabilità delle persone giuridiche per i reati di *hacking*. Infine si richiama l'intervento dell'Unione Europea in merito all'inquinamento marittimo, la quale ha avviato un processo legislativo diretto

La consacrazione della responsabilità degli enti è avvenuta seguendo impostazioni diverse. Dal punto di vista della natura della responsabilità, alcuni Paesi, come la Francia, hanno risposto prevedendo una responsabilità penale, accostando in tutto e per tutto la persona giuridica alla persona fisica; altri Paesi, come la Germania, hanno introdotto una responsabilità riconducibile ad un illecito amministrativo, prevista espressamente dall'*Ordnungswidrigkeitengesetz*, vale a dire la legge sulle violazioni amministrative, che attribuisce competenza in merito al giudice amministrativo; altri Paesi, come la Spagna, hanno delineato una responsabilità di natura incerta tra la penalistica pura e l'amministrativa.

Dal punto di vista del fondamento della responsabilità, possono essere evidenziate due diverse vie percorribili: da una parte vi è il sistema della responsabilità *par ricochet* o per rappresentazione, in base alla quale la persona giuridica può essere responsabile, solo indirettamente, per il fatto compiuto dalla persona fisica che agisce al suo interno; dall'altra il sistema di responsabilità improntato sulla teoria del "fatto autonomo", secondo la quale l'ente può essere ritenuto direttamente responsabile anche nel caso in cui non vi sia identificazione del soggetto-persona fisica responsabile. La prima impostazione, è quella che è stata seguita in Francia, in Finlandia a partire dalla riforma del 1995, e che è rinvenibile, entro certi limiti, anche nella giurisprudenza inglese laddove si fa riferimento alla teoria "dell'alter ego" e "dell'identificazione". Si tratta di un'impostazione che, se senza dubbio è più vicina all'esigenza di conciliare il modello della responsabilità alle peculiarità del soggetto-persona giuridica, dall'altra parte in alcuni casi può risultare inefficace alla luce di una realtà d'impresa dove è spesso quasi impossibile individuare il rapporto di causalità tra l'agire di un individuo e l'infrazione. La seconda impostazione è stata invece recepita, sia in forma per così dire pura, che in forma attenuata, in Paesi come l'Olanda, il Belgio, e l'Italia.

Dal punto di vista del tipo di infrazioni in grado di coinvolgere la responsabilità dell'ente, le risposte date dai diversi ordinamenti europei sono di due tipi. Alcuni Paesi come l'Olanda, il Belgio, la Norvegia, la Romania, l'Inghilterra e a partire dal 2004 la Francia, hanno adottato una clausola generale, senza cioè indicare nello spe-

alla repressione penale dell'inquinamento marittimo attraverso navi, che si è concluso nel corso del 2005 con l'adozione di un duplice strumento normativo: la Decisione Quadro 2005/667 del 12 luglio 2005 e la Direttiva 2005/35 del 7 settembre 2005.

cifico i reati ai quali applicare il principio della responsabilità degli enti. Altri Paesi come l'Italia o l'Estonia, hanno preferito adottare una clausola di specialità, e limitare la responsabilità delle persone giuridiche ai soli casi espressamente richiamati dalla legge.

Infine per quel che riguarda le persone fisiche che possono inescare la responsabilità dell'ente si sono riscontrate due tendenze. I Paesi, come la Francia o l'Italia, che hanno individuato le persone fisiche a seconda del ruolo svolto all'interno dell'ente e i Paesi che, come l'Olanda, hanno fatto riferimento ad una clausola generica, rinviando a coloro che hanno agito «per nome o per conto dell'ente», con il vantaggio di evitare contrasti circa la qualità di organo o rappresentante, ma con la conseguenza negativa di ricomprendere nel novero un numero piuttosto consistente di dipendenti⁷.

Se da un lato la "responsabilizzazione" delle persone giuridiche ha comportato un rafforzamento delle garanzie di giustizia e di tutela, dall'altro sono molti i profili critici che sono rimasti irrisolti: il percorso per l'effettiva repressione degli illeciti collegati all'attività delle persone giuridiche è appena iniziato.

Gli ostacoli frapposti, sotto un profilo teorico, all'introduzione della responsabilità degli enti hanno avuto come conseguenza che l'introduzione dei "reati-presupposto" è avvenuta in via frammentaria e asistemica. I primi ad essere stati introdotti sono stati reati-presupposto che in concreto difficilmente si collegavano alle persone giuridiche destinatarie della norma (ad esempio reati contro la pubblica amministrazione tipici degli enti pubblici, enti fuori dall'alveo dei destinatari della disciplina del d.lgs. 231/01). I reati-presupposto riguardanti la normativa sugli infortuni sul lavoro o la tutela dell'ambiente sono stati tardivamente introdotti rispetto all'introduzione della disciplina.

Il caso della tardiva introduzione nell'ordinamento italiano di reati-presupposto quali quelli di "omicidio colposo e lesioni gravi e gravissime commessi in violazione delle norme anti-infortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro", e "dell'ambiente", influisce in maniera radicale sulla disciplina della responsabilità degli enti ed evidenzia come, solo con l'inserimento dei reati-presupposto realmente connessi all'attività dell'impresa può dirsi efficientemente introdotta nel nostro ordinamento una disciplina idonea a prevenire gli illeciti tipici delle *societas*.

⁷ Cfr J. PRADEL, *Les personnes de l'infraction*, in *Droit pénal comparé spécial*, Dalloz, p. 177.

LORENZO INNOCENZI

PUNISHMENT VS. TREATMENT: THE INSANITY DEFENSE CASE

European Court of Human Rights has recently condemned Italy for violation of prisoners' rights, held in cells of less than three square meters: specifically, ECHR has condemned Italy for inhuman and degrading treatment of seven prisoners detained in the prisons of Busto Arzizio and Piacenza. The recognition of a living space for prisoners occurs only after the recognition, always by the Court of Strasbourg, of the living space of laying hens. The rights of animals before the human rights. The paper aims to analyze the function of sanctioning treatment and the function of hospital treatment of the mentally ill in Italy and the United States.

«If he has broken the bone of a free man, his bone shall be broken»¹

The purpose of the punishment can be delineated in four different categories: (1) general deterrence, (2) special deterrence, (3) rehabilitation and (4) the incapacitation of the offender. Those categories share a strong commitment toward the social danger of criminals, which constitutes a treat for the social order. The general deterrence principle implies that the punishment of one offender can discourage someone else from committing a crime. Instead, special deterrence should discourage the offender from repeating the crime by imprisoning him and thus limiting his capacity within the legal system. This principle is a solid basis for the rehabilitation and the incapacitation of the offender, despite prisons being more prone to increasing the anti-social inclinations of offenders rather than addressing the rehabilitation's process. Indeed, the main (and maybe the only one) purpose of the separation

¹ Hammurabi code.

of the offender from the rest of the society is the incapacity of the offender to commit additional crimes during the imprisonment, which brings one to the bitter conclusion that criminal law exists solely to imprison criminals. It is submitted that we still look at punishment as mean to expiate crime that broke the social order. The imprisonment of individuals as compensation to the victim, which if even agreed with the ideal of the atonement, constitutes a partial reliance on the Hammurabi code. It transforms the punishment as mean for equalizing victim and offenders.

The purpose of punishment as expiation of a crime is reflected also in the *contrappasso* rule in the Divina Commedia. This rule refers to “suffer the opposite” by a process either resembling or contrasting with the sin itself. In Dante’s *inferno* (seventh circle), people who were violent in life, are now immersed in Phlegethon – a river of boiling blood and fire – to a level commensurate with their sins². It is said that Alexander the Great is immersed up to his eyebrows. In the first circle reside Plato, Socrates and Aristotle because they are not baptized and others virtuous pagans, who, though not sinful, did not accept Christ, thus the guiltless damned are punished by living in a deficient form of Heaven. Dante’s *inferno* is the allegory of the punishment, where, given the *contrappasso* rule, the proportionality of the punishment seems taken into account. Given the secularization of the punishment, imprisonment as a form of modern hell could explain, the use of punishment as way to atonement of the offender and the equalizing of the victims and offenders³.

All legal systems try to find a way between the punitive model (imprisonment) and the treatment model (hospitalization) for insane offenders. In the 1950s, under American law, a person found mentally unable to stand on trial had to be hospitalized in Saint Elizabeth hospital, a psychiatry facility, whose guests included John Warnock Hinckley, found not guilty by reason of insanity after he attempted to assassinate Ronald Reagan. Thus Ezra Pound, under the statute of the time, should have being confined for treatment indefinitely unless his mental condition would have improved enough for him to be released. Hence «Pound found himself, in effect, under a sentence of life imprisonment despite the fact that he was innocent in the eyes of the law»⁴. Actually patients

² D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia*, Bologna, 2011.

³ G.P. FLETCHER, *Basis concepts of criminal*, Oxford University Press, 1998, p. 5.

⁴ J. CORNELL, *The Trial of Ezra Pound*, in *The Joh day company new*, 1966, p. 46.

under the jurisdiction of the criminal courts lived in a separate building in Saint Elizabeth's hospital. Despite him being unfit for trial, Pound was locked up in a cell because the policy of the hospital was to keep under guard all the persons accused of a crime. However, Julian Cornell – Pounds' lawyer – was able to convince the doctor and Department of Justice to move Pound up in the main building to have a more bearable life in Saint Elizabeth. Moreover, Pound suffered in a permanent state of insanity and the treatment in Saint Elizabeth was not more desirable, «but the law was silent about what should have been done when a person, hospitalized in Saint Elizabeth, is found permanently insane without need of hospitalization»⁵. However, concluded Pound's lawyer, «a man may not be subject to life imprisonment because an unprovable accusation has been brought against him. He would then be deprived of liberty without due process of law in violation of the fifth amendment to the United States Constitution»⁶.

In United States, a person shall not be punished if the offense is as a result of a mental problem. The trial will be suspended and the defendant will be committed to an appropriate mental institution until he is deemed capable of standing trial. This does not require a complete recovery but merely «comprehension sufficient to understand procedures and make a defense»⁷. Then, the understanding is linked to the ability of standing on trial, which expresses the commitment of the American legal system to treat human beings as subjects rather than objects.

If found mental ill «the attorney general shall hospitalize the defendant for treatment for such a reasonable period of time, not to exceed four months, as is necessary to determine whether there is a substantial probability that in the foreseeable future he will attain the capacity to permit the proceedings to go forward»⁸. And, the statute adds, «for an additional reasonable period of time until his mental condition is so improved that trial may proceed, if the court finds that there is a substantial probability that within such additional period of time he will attain the capacity to permit the proceedings to go forward»⁹. If at the end of the hospitalization period it is determined that the defendant's mental condition has not

⁵ CORNELL, *op. cit.*, p. 47.

⁶ CORNELL, *op. cit.*, p. 57.

⁷ C. KLEPFER, *Ind. Warthon's Criminal procedure*, 1973, p. 787.

⁸ Unites States Code, Title 18 § 4241.

⁹ Unites States Code, Title 18 § 4241.

so improved as to permit the proceedings to go forward, the defendant is subject to the consequences established in provisions of 4246 of U.S Code. If after the hearing the court finds the mental disease or defect would create risk to the public safety, the attorney general shall release the person to the appropriate official of the state in which the person is domiciled and the state authorities will take full responsibilities for his custody, care and treatment. On the other hand, concerning the discharge of the mental ill, the statute provides that when the director of the facility, in which a person is hospitalized, determines that the person has recovered from his mental disease or defect to such extent that would not create any substantial risk, a hearing would take place to determine whether or not should be released¹⁰. Hence, if the court finds by a preponderance of the evidence that the person has recovered from his mental disease or defect he can be released. However, the court has the jurisdiction under particular circumstances to overturn the conditional discharge. In the US, especially after the emotional Hinckley case¹¹ which resulted in Congress promulgating the new Insanity Defense Act the emphasis is on punishment and consideration of public safety and not psychiatric treatment in prison and the discussion is then focused on the duration of hospitalization¹².

The period of the hospitalization, like in the Ezra Pound case, has been the object of several ruling by the US Supreme Court. In *Foucha vs Louisiana*¹³, the petitioner argued that a person acquitted by reason of insanity detained in a mental institution, if demonstrates that he is not dangerous to himself and others, constitutes violation of due process. The court held, as a matter of due process, that it is entitled to release when he has recovered his sanity or is no longer dangerous and he may be held as long as he is both mentally ill and dangerous, but no longer. In this judgment, the court clarified how the hospitalization is based on the ground of social danger. The Court relies on the *Salerno case*¹⁴, which involved pre-trial detention and where the court observed that the

¹⁰ United States Code, Title 18, § 4246.

¹¹ In 1982, John Hinckley, Jr., was charged with 13 offenses, Hinckley was found not guilty by reason of insanity on June 21 for Reagan assassination attempt.

¹² Y. MELAMED, *Mental ill persons who commit crimes: punishment or treatment?*, in *The journal of the American academy of Pschiatry and the Law*, 2010, pp. 100-103.

¹³ *Foucha vs Louisiana* 504 U.S. 71, 1992.

¹⁴ *Salerno vs. United States* 481 U.S. 739, 1987.

«government's interest in preventing crime by arrestees is both legitimate and compelling», and it was a constitutional implementation of that interest. The law carefully limited the circumstances under which detention could be sought to those involving the most serious of crimes (crimes of violence, offenses punishable by life imprisonment or death, serious drug offenses, or certain repeat offenders). As the court spelled out in Salerno, «in our society liberty is the norm, and detention prior to trial or without trial is the carefully limited exception».

Thus, it appears clear that the concern of the American system is to ensure a fair trial in the light of the adversarial system, as way to ensure the due process clause even in case of mental disease or defect. This attention on the fair trial can even be explained by a curious anecdote involving the Boston Massacre. In 1770, British soldiers were arrested in Boston after killing five civilians and they had difficulties in finding legal counsel. In the turmoil of the American Revolution, John Adams, despite the action hurting his reputation and political career, decided to represent them in the proceeding, for 8 guineas (about a pair of shoes)¹⁵. And during this case he uttered his infamous words: «Facts are stubborn things; and whatever may be our wishes, our inclinations, or the dictates of our passion, they cannot alter the state of facts and evidence»¹⁶. The same values are in the American Constitution.

The Italian constitution provides that punishment cannot consist in treatment contrary to human dignity and must aim at rehabilitating the condemned¹⁷. The same article provides that the criminal responsibility must be personal and the fruit of the culpability. It hence links the treatment with the subject element of the crime and the concern about human dignity reflects the commitment of considering the defendant as subject and not as object, even because there would be no sense in the rehabilitation process for someone who was a mere object of his/her stimulus. Hence, the rehabilitation theory derives from the capacity of human beings to orient themselves in the distinction among the right from the wrong. Under Italian law during the suspension of the trial and af-

¹⁵ J.E. FERLING, *Setting the World Ablaze: Washington, Adams, Jefferson, and the American Revolution*, 2002, p. 77.

¹⁶ J. ADAMS, *Argument in Defense of the Soldiers in the Boston Massacre Trials*, December 1770.

¹⁷ Art. 27 Italian Constitution.

ter that the offender is found mentally ill, he will be detained in the *ospedale psichiatrico giudiziario*, and considered a social danger. The law presumed the mentally ill to be a social danger once they are found to be mentally ill. In a 1982 case the Constitutional Court declared the unconstitutionality of this presumption and upheld that the judge must establish the degree of social dangerousness¹⁸.

Afterwards, the law n. 633 of 1986 (*legge "Gozzini"*)¹⁹ abolished all the forms of legal presumption on the social danger of the offender and established that every sanction must be based upon the verification of the judge about the social danger of that offender. In those years, several laws improved the conditions of the penitentiaries by establishing the *permessi premio*, authorizing the detainees to leave the prison for maximum forty-five days per year to who was sentenced for no more than three years, unless offenders were considered socially dangerous. The duration of hospitalization is also based on the abstract gravity of the crime (and therefore the social danger). In fact, if the crime is punished with a life-sentence the hospitalization is ten years, while the hospitalization is five years if the "committed" crime is punished with no less than ten years of prison and two years of hospitalization in all the other cases. However, during the hospitalization a re-evaluation of the offender's condition takes place every six months from the date of trial's suspension, and this occurs every six months until fit to trial. This system of hospitalization related to the abstract gravity of the offence is oxymoronic. Indeed, given that the defendant is not imputable, if the hospitalization is an alternative to the imprisonment, why is it related to the crime's gravity? Nevertheless, this oxymoron can be explained through the strong commitment of the Italian system to the social danger to which is dedicated Article 203 of the Criminal Code providing that according to criminal law, is socially danger the person that, even if not imputable or un-punishable, had committed a crime and it is probable that in the future he is going to commit new acts that are considered crimes by the law.

The quality of social danger is deduced from the circumstances of Article 133 of the Criminal Code. This article concerns the *criteria* that the judge must take into account in the determina-

¹⁸ *Corte Costituzionale*, sentenza 8-7-1982, n. 139.

¹⁹ Art. 13, l. n. 633/86.

tion of the punishment such as: degree of *dolo*, degree of the offense, among other considerations. Despite the reforms of the last decades, the Italian system is still influenced by the legal positivism under which the first edition of the criminal code was drafted. This explains the strong concern toward individual social danger. Social danger that reflect the state's sovereignty in criminal proceeding and the strong concern toward the social order which is guaranteed by the use of force: the fundamental feature of sovereign entities. And it still represents the obstacle to the integration of criminal law among states, jealous of their monopoly of force. As a matter of fact, criminal law is becoming a more parochial law rather than cosmopolitan law, although it should be understood as a local answer to the universal questions that constitute the foundation of criminal law²⁰.

Finally, the insanity defense is a useful means to draw the line between criminal and civil liabilities. Is there space for civil liability? It is true that the aims of criminal and tort law are different. However, the restitution presumes a wrongful act that in a mental case is not considered as such because the culpability is not established in fact. The Israeli Supreme Court had solved the issue by ruling that «when an unequivocal statutory order is lacking, the responsibility for damages of the mentally ill is to be decided according to the considerations of judicial policy»²¹. The court held that it «is appropriate and fair to adopt the premise that the aim of the Law of Torts is to provide a remedy to the injured party for the damage suffered and the aim of the Law of Damages is revocation of the outcome of the harmful act. Thus between two sides who are free of guilt, the concerns of the offended will be preferred and mental illness *per se* does not provide an all-encompassing exemption from responsibility for damages»²². The argument expresses the social *stigma* as a main distinction between tort and criminal law but could even bring to the conclusion that punishment is just to avoid the evils of not punishing and do not sympathize with the victims. Additionally, it underlines the moral evaluation made by criminal law which requires the subjective element in a criminal action while the Law of Tort is contained on the mere compensa-

²⁰ FLETCHER, *op. cit.*, p. 5.

²¹ Y. MELAMED, N. GANOT, R. MESTER, A. BLEICH, *The civil liability for damages of the criminally insane*, *Isr. J Psychiatry Relat Sci*, vol. 45, No. 4, 2008, pp. 285-290.

²² MELAMED, GANOT, MESTER, BLEICH, *op. cit.*, p. 6.

tion of damages. Put another way; while the tort liability constitutes an economic evaluation of the wrongdoing, criminal liability refers to the commitment of criminal law of reconcile acting and intending.

Conclusion

«Philosophy is not the story of philosophy»²³

The comparative criminal perspective deals with the universal wrongdoing while is different the legal and moral evaluation. The American system already found its way, the Italian one, especially after the reform of criminal procedure code, is still struggling to find its way while it wings at the adversary model of justice. Nobody doubts the premise that, whichever wrongdoing has been committed, human beings will be called to be held responsible only if this wrongdoing was the fruit of their mind or not justified in the legal system. This commitment could be seen as matter of loyalty; a loyalty of acting toward intending, to reconcile mind and acts in tune with Welzel's teleological approach. In fact, that's the idea beyond the subject of the trial, that a human action is related to the possibility of intention; while, the evil to be remedied is the Kafkian story of Josef K. prosecuted and accused by the invisible authority for a crime that has not been defined and/or committed. Even because without culpability there will be no space for punishment and its understanding. It is strongly submitted here that confinement is only part of compensation for the victim of wrongdoing, which shows that the metaphorical bill has been paid, thus transforming criminal law to a severe deformation of tort law, rather than reorient people who were not able to not comply with the legal rules. Additionally a reconsideration of the criminal report shall begin, to avoid the risk of morality certificate in the legal order and permanent obstacle to the reintegration process like the scarlet letter attached to the body of Hester Prynne. As Kant suggests, we shall keep the moral law inside us and the starry skies above us.

²³ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Torino, 1968.