

Rivista trimestrale di diritto pubblico

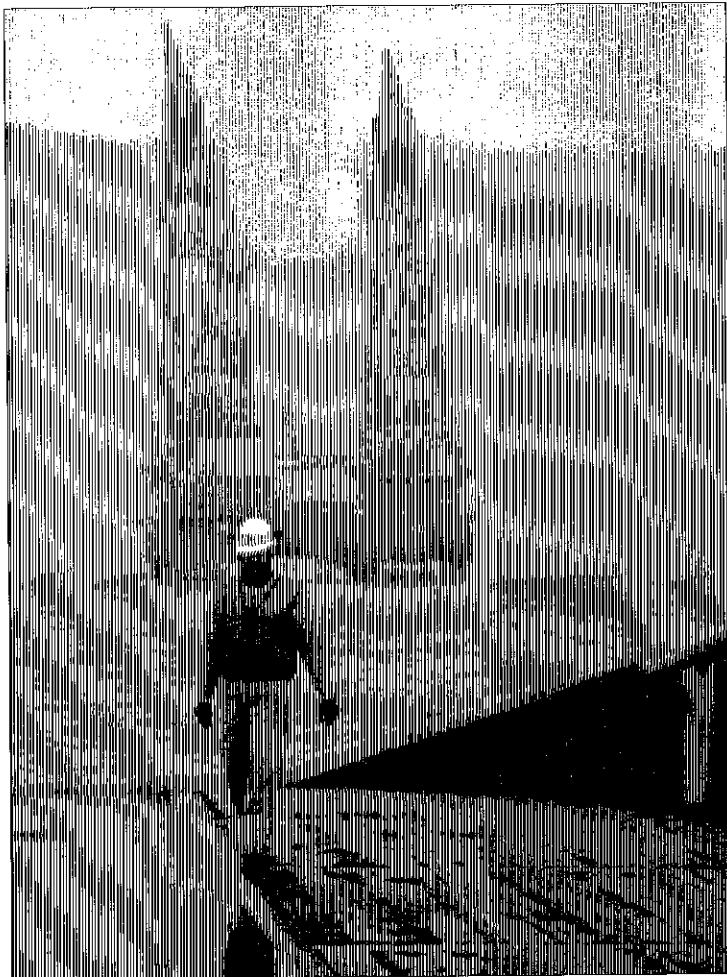
La scienza giuridica italiana

Le sanzioni antitrust

Gli organi costituzionali

CSM e Parlamento

La Costituzione del Sudafrica



SOGEDIT - DSC - Divisione Servizi per la Comunicazione

Uomini e tecnologie

Una formula alla base del successo dell'ENI.
In Italia e nel mondo.



LA SCIENZA ITALIANA DEL DIRITTO ALLA VIGILIA DEL BGB (*)

NATALINO IRTI

SOMMARIO: 1. La domanda storiografica. — 2. I mutamenti del quadro politico: dall'influenza francese al mito tedesco. — 3. I mutamenti culturali. — 4. Scienza giuridica e problema del metodo. — 5. La sintesi teorico-legislativa del BGB.

1. La *domanda storiografica* (quella *Frage*, per valerci della parola di Droysen, senza la quale la storiografia degrada a erudito filologismo) può così enunciarsi: perché in Italia, nel Paese che, fattosi Sta-

(*) Testo della relazione, svolta nel convegno ferrarese (26-28 settembre 1996), indetto da Giorgio Cian per il centenario della promulgazione del BGB. Era preceduta da queste parole:

«Ringrazio i promotori del convegno (prima fra tutti, Giorgio Cian, l'amico caro ed illustre, al quale ne risalgono l'ideazione e l'organica tessitura), li ringrazio per avermi riservato l'onore d'introdurre ad una sessione dei lavori, che ha indole schiettamente storica. Qui non si tratta, come è ovvio, di soddisfare curiosità antiquarie o di spigliare aneddoti nelle università ottocentesche, ma piuttosto di ricostruire — attraverso voci di colleghi autorevoli — *due importanti capitoli di vita intellettuale*: da un lato, con la relazione di Fritz Sturm, ripercorrendo la *storia interna* del BGB, il confluire di attese politiche e di risultati dottrinari, il travaglio preparatorio di un quarto di secolo; dall'altro, con la relazione di Antonio Masi, descrivendo le risonanze del BGB nella nostra cultura giuridica, i modi e le forme di questa attenzione, l'eco di consensi e di dissensi. Singolarmente felice la scelta dei due relatori; e, per quanto riguarda l'italiano, addirittura simbolica, se appena si consideri che Antonio Masi, congiungendo in sé studi di diritto romano e di diritto civile, rinnova l'esperienza complessa di Gino Segré, cioè proprio del giurista che al BGB dedicò le pagine più dense ed assidue. Un rinnovarsi non fortuito, ma spiegato, come meglio vedremo, dallo stesso sviluppo della nostra dottrina.

Gli spunti introduttivi non debbono né vogliono anticipare il contenuto delle relazioni. Si proveranno soltanto ad offrire — in ispecie, ai colleghi stranieri — il quadro d'insieme, il più sobrio ed asciutto possibile, in cui si colloca l'incontro tra la nostra dottrina ed il codice civile germanico».

to unitario, aveva, circa trent'anni innanzi, adottato il modello del *Code Napoléon*; e conformato tecniche di studio e stili di esposizione alla scuola esegetica; perché in Italia il BGB suscitò un largo ed acuto interessamento? in Italia, che aveva conseguito l'unità politica all'ombra della Francia, alimentando così correnti di germanofobia, identificando 'tedeschi' ed 'austriaci', e contrapponendo, anche nel campo della storia giuridica, il principio latino ed il principio germanico, l'idea di Roma ed il buio Medioevo del nord? La risposta muove dall'unificazione legislativa del 1865, la quale si compì (e non poteva altrimenti compiersi) mediante la *ricezione del modello francese*: già applicato o imitato negli Stati preunitari, il *Code Napoléon* aveva ormai la dignità storica ed il vigore ideologico di *costituzione della borghesia europea*. Tavola di principi, o di 'valori', in cui si riconoscevano le minoranze artefici della nostra unità: custode di diritti naturali, e, massime, della proprietà terriera e degli strumenti, che ne assicurano la circolazione tra vivi e per il tempo dopo la morte. Ne seguì l'adozione — spesso servile e passiva, di rado libera e sciolta — della tecnica esegetica, del modulo espositivo del commentario, della casistica minuta e pedantesca. Sempre, o quasi sempre, probità di lavoro e scrupolo d'informazione; mai, o quasi mai, la ricerca dei principi e quel procedere da singole norme agli istituti, e dagli istituti al sistema, che verrà poi denominato, dai tedeschi e da noi, metodo costruttivo. Anzi ciò che propriamente difettava, e che apparirà alla generazione successiva come vizio e insufficienza della scuola esegetica, era per appunto il *problema del metodo*, la riflessione dei giuristi sul loro stesso conoscere e indagare. Soltanto questa riflessione era in grado di stabilire una distanza tra lo scienziato e l'oggetto di studio: che sarebbe, nel nostro caso, la distanza tra scienza giuridica e materiale normativo raccolto nei codici. Una dottrina, povera o debole di *auto-coscienza*, finisce per identificarsi con il suo proprio oggetto, non imponendo ad esso, ma subendo da esso, criteri di ricerca e stili di trattazione. La struttura del codice si fa così struttura del pensiero giuridico.

Non tutta la vita intellettuale — è qui da avvertire — era in Italia intonata a spiriti francesi o francesizzanti; a Napoli, in ispecie, penetrava la filosofia di Hegel, ed i giovani più entusiasti — scherniti, per certo loro logicizzare o sistematizzare, come 'begriffi'; e che pure si chiamavano Spaventa e De Sanctis — ne traducevano e diffondevano le opere. L'impulso degli 'hegeliani di Napoli' toccò anche le dottrine giuridiche: nel 1875 fu volto nella nostra lingua, per cura di Raffaele Mariano, il *Kampf um's Recht* di Jhering; ed altre traduzioni, di opere di

Puchta e Savigny, furono intraprese, in una sorta di clandestina temerità, da modesti giuristi della pratica, rimasti ignoti o caduti in oblio, eppure meritevoli di riconoscenza e di ricordo. Esperienze solitarie e conchiusse, che non potevano influire sul tono generale della nostra cultura.

2. La svolta si determinò soltanto intorno al 1880 (1), quando — caduta la Destra storica, che aveva nobilmente guidato l'Italia tra il '60 ed il '76, e salita al governo la Sinistra; fiaccata l'egemonia della Francia dal rovescio militare di Sedan e dalle armi vittoriose del nuovo impero germanico; deluse le aspettative italiane nella vicenda coloniale di Tunisi —; quando, dicevo, le stesse relazioni politiche e diplomatiche tra Italia e Francia subirono una grave crisi. Non saprei meglio tratteggiarla che con l'eloquente prosa di Alfredo Oriani (2): «Nella politica estera, mentre la destra si era sempre mantenuta servile alla Francia imperiale per influsso del principio dinastico, la sinistra aveva negli ultimi anni guardato alla Prussia; e poiché le vittorie di questa ci avevano permesso la conquista di Roma contro i divieti dell'impero napoleonico, e ora la Francia repubblicana e reazionaria sembrava voler contrastarci il conseguito trionfo dell'unità, il nuovo ministero liberale doveva esagerare le simpatie verso l'una e le diffidenze verso l'altra ...». Ne derivò il trattato del 1882 con Germania ed Austria, quella 'Triplice alleanza', che, rinnovata di quinquennio in quinquennio, era destinata a durare fino al 1914.

Al nuovo corso di politica estera subito corrispose un'eguale orientazione della vita economica ed intellettuale. Per l'una, basterà qui di rammentare il grande flusso di capitali finanziari e di competenze tecniche, che dalla Germania discese sul nostro Paese, mercé la fondazione di istituti bancari e lo stabilimento o l'ampliamento di opifici industriali, ed il connesso intreccio degli uni e degli altri nel modello della 'banca mista'.

3. E la vita intellettuale prese nuovo e largo respiro, scuotendosi di dosso le contrapposizioni tra principio latino e principio germanico, e la stessa antitesi tra i modi della nostra politica, legata al liberismo del Cavour, e i modi di quella germanica, che si volevano dominati dall'autoritaria fermezza di Bismarck. Già nel 1869 Heinrich Von Treit-

(1) Per i temi toccati in queste pagine, rinvio ai saggi raccolti in N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982; ID., *La cultura del diritto civile*, Torino 1990.

(2) A. ORIANI, *La lotta politica in Italia*, III, Bologna, 1946, 385.

schke dedicava al Cavour una grande biografia, proponendone ad esempio la figura politica, ed augurando a Italia e Germania una linea comune contro le pretese egemoniche e la 'insolenza schernitrice' della Francia. Atto di riconciliazione, la biografia del Treitschke (3), che giovava a superare la grossolana polemica tra formazione liberale dell'unità italiana e formazione autoritaria dell'unità germanica, inducendo le menti a più profonda riflessione sul rapporto tra libertà e ordine, fra tutela del singolo ed esigenze vitali dello Stato.

Né al nuovo interesse verso la cultura tedesca fu d'ostacolo il positivismo, che allora si diffondeva nei nostri studi e che vi restò dominante sino ai primi anni del secolo ventesimo: ché, anzi, certo rigido avvicendamento tra scienze morali (e, dunque, scienza giuridica) e scienze naturali sospingeva le prime verso il rigore della ricerca e il puntiglioso controllo dei risultati raggiunti: che erano le virtù, da tutti riconosciute e stimiate, della cultura tedesca.

Se una qualche precedenza cronologica fosse mai accertabile, sarebbe da attribuire alle discipline storiche e filologiche, che subito furono avviate a nuove forme e stili di ricerca. Professori tedeschi (da Joseph Müller e Julius Beloch) sono chiamati ad insegnare nelle nostre università, e danno mano nello svecchiare temi e criteri di studio, e nel superare la tradizione letteraria e retorica dei dotti italiani (4). Si stabilisce così tra maestri tedeschi e giovani studiosi italiani — che presto saliranno a maestri, e formeranno, a loro volta, generazioni di allievi — uno straordinario ed irripetibile circolo di idee, ed alta civiltà di frequentazione e di dialoghi. Soccorrono qui, da un lato, le memorie di Wilamowitz, che scende a Firenze e vi soggiorna nell'ospitale dimora di Girolamo Vitelli (5); e, dall'altro, le 'pagine stravaganti', in cui Giorgio Pasquali evoca gli anni di Gottinga, la 'città della sua giovinezza' (6). Questo scambievole rapporto offre misura della nuova vita intellettuale, e della devozione ed attenzione, che gli studiosi italiani ormai riservano a cose ed uomini di Germania.

(3) Cfr. R. ROMEO, *La Germania e la vita intellettuale italiana dall'Unità alla prima guerra mondiale*, 1971, in *L'Italia unitaria e la prima guerra mondiale*, Bari, 1978, 120. La 'insolenza schernitrice' è in H. v. TREITSCHKE, *Cavour*, trad. it. G. Cecchini, Firenze, 1925, 295.

(4) R. ROMEO, *La Germania*, cit., 121 ss.

(5) U. WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, *Erinnerungen (1848-1914)*, trad. it. A. Pensa sotto il titolo *Filologia e memoria*, Napoli, 1986, 323.

(6) G. PASQUALI, *Il ritorno a Gottinga*, 1928, in *Pagine stravaganti vecchie e nuove*, ora riedite in *Pagine stravaganti di un filologo*, I, Firenze, 1994, 93 ss.

Il risultato più cospicuo stava, per così dire, nell'*autocoscienza delle singole discipline*, nel loro interrogarsi e determinarsi intorno al metodo di studio. Esse non procedono più per gusti ed estri individuali, ma secondo consapevoli criteri: discussi, posti a raffronto, eretti contro l'empirismo del passato. "In tutti gli studi storici e filologici — ha notato un illustre e compianto amico, Rosario Romeo, nel mirabile saggio su *La Germania e la vita intellettuale italiana dall'Unità alla prima guerra mondiale* — ... metodo scientifico e metodo 'tedesco' divennero, nell'uso corrente, termini equivalenti, e il 'perfezionamento' in Germania fu per decenni considerato indispensabile avviamento a ogni serio tipo di studi" (7).

4. L'influenza delle scuole germaniche e la questione del metodo penetrano nel diritto civile attraverso il rinnovamento degli studi romanistici, più di altri chiamati allo scrupolo dell'indagine ed all'esercizio del rigore filologico. Filippo Serafini — per trascogliere i nomi più famosi — volge in italiano le *Pandette* dell'Arndts; Vittorio Scialoja, il *Sistema* di Savigny; Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa offrono alla nostra cultura — con il corredo di dotte e geniali *Note* — l'opera di Windscheid: quel «celebre *Trattato delle Pandette* — avvertono i traduttori —, che, senza tema di esagerare, si può dire riassuma ed esprima tutta la produzione dommatica e sistematica della Germania ..., epperò il periodo iniziato dal Savigny e terminato col Windscheid».

Questo fervido *processo di ricezione* (8), inaugurato e svolto da figure di romanisti-civilisti, dà il tono agli ultimi decenni del secolo, permea l'intera cultura universitaria, e si espande a tutte le discipline giuridiche. *Anche il diritto civile* — nel quale, per quella duplice vocazione di romanisti e civilisti, prima e più intensamente che altrove, echeggiava l'ansia del rinnovamento — è ormai posto dinanzi al problema del metodo. Anche esso deve analizzare se medesimo nel suo proprio nascere e costituirsi come scienza.

Il 1881 — data, che, nella scansione del tempo, eleggiamo per inizio della nuova dottrina — vengono in luce le 'considerazioni' di Emanuele Gianturco su *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*. Certo è ben possibile d'indicare spunti anteriori e presentimenti e segni di fastidio per i modelli francesi, ma qui, nella pagina del

(7) R. ROMEO, *La Germania*, cit., 121-122.

(8) Cfr. già A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 288 ss.

Gianturco, è matura e piena la coscienza del problema. Che sta — sono parole del giurista ottocentesco — nell'adozione del metodo sistematico «come strumento di ricerca e mezzo di esposizione del diritto»⁽⁹⁾: metodo, dunque, che permette alla dottrina del diritto civile di costituirsi in dignità ed autonomia di scienza; e di stringere un nuovo rapporto con il codice civile, affrancandosi dall'ordine interno di esso, abbandonando il modulo del commentario, e salendo per astrazione dalle singole norme agli istituti e di qui ai principi generali. La dottrina, ripiegata su se medesima, e resa consapevole degli scopi perseguiti e degli strumenti utilizzati, *guadagna distanza ed autonomia nel rapporto con il proprio oggetto*: non ne è più dominata, ma lo domina mercé l'esercizio di procedure astrattive e l'impiego di categorie teoretiche. Questa autocoscienza, in che propriamente consiste il metodo, le permette di distaccarsi dal vincolo del materiale normativo (il quale *non viene negato, ma superato*), e di spingersi verso il superiore *livello della generalità*. La generalità non nega il particolare, ma lo spiega ed illumina, ed insieme serve a stringere connessioni con altri particolari, ed a produrre soluzione di casi imprevisi. Ogni norma particolare sarebbe, come tale, chiusa in se medesima ed incapace di qualsiasi relazione; ma, saliti al concetto generale, siamo in grado di ridiscendere ad altre norme, di calcolare la capacità interpretativa delle categorie usate, e così di escluderle o di collocarle in esse. Le implicazioni tra norme, mediate da concetti generali, confluiscono a mano a mano nel sistema della singola disciplina. Senza generalità, non si darebbe implicazione e correlazione tra norme; e senza questi nessi, non si perverrebbe al sistema⁽¹⁰⁾.

5. Se ora proviamo a stringere in sintesi (dovremmo forse dire, in semplificatrice sobrietà) il cammino, percorso dalla dottrina italiana del diritto civile fra l'81 ed il '96, cioè tra il manifesto metodologico di Gianturco e la promulgazione del BGB, ci sembra di cogliere tre essenziali profili. Il primo sta in ciò, che la dottrina civilistica, grandeggiando sopra le altre nella costruzione di istituti e teorie, si offre come *parte generale di tutte le discipline giuridiche*. Non a caso nel 1897 un profondo libro del Bensa rivela, già nella faticosa complessità del titolo, la nuova funzione del diritto civile: *Compendio d'introduzione allo*

⁽⁹⁾ Cfr., su questo profilo, G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, 1937, nuova ed., Milano, 1962, 61 ss.

⁽¹⁰⁾ E. GIANTURCO, *Gli studi*, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, 10.

studio delle scienze giuridiche e d'Istituzioni di diritto civile italiano. Introduzione e parte generale. Compete ormai alla dottrina civilistica di fornire a tutti gli studiosi di diritto il 'sillabario' della scienza, cioè l'insieme di concetti suscettibili di applicazione in ogni disciplina (e, così, quel concetto di negozio giuridico, che, ancora assente nell'opera di Gianturco, diviene ordinatore dell'intera materia nel *Compendio* di Bensa).

Il secondo profilo è nel *carattere paradigmatico*, conseguito dal diritto civile, nella sua esemplarità di metodo e di linguaggio. Donde quel riferirsi e modellarsi delle altre discipline, che, di là a qualche anno, saliranno ad autonomia e rigore di scienza. Guardo, in primo luogo, alla fondazione del diritto pubblico, promossa da Vittorio Emanuele Orlando nei discorsi accademici degli anni '85-'89 (da Orlando, non a caso allievo monacense del civilista Aloys von Brinz)⁽¹¹⁾.

Il terzo, e più decisivo, profilo è nella già cennata *dissonanza tra stato della dottrina civilistica e codice civile del 1865*: questo, conformato — come prima si vide — su Code Napoléon, e dunque privo di una parte generale, ignaro della categoria del negozio giuridico, e tutto risolto nella particolarità delle singole norme; quella, la dottrina, intimamente rinnovata dal rapporto con la pandettistica tedesca, sciolta dall'ordine numerico dei commentari, elevantesi di grado in grado verso la 'parte generale'. La parte generale non è propriamente una 'parte' del diritto civile, a cui seguano e si giustappongano 'parti' speciali, sicché la somma dell'una e delle altre formi il 'tutto' della disciplina. Essa si costruisce e svolge su un *livello logico*, diverso dal terreno delle 'parti' speciali: queste sono dominate dalla concreta particolarità; quella, dall'unità e dalla generalità. Qui è opportuno di chiarire — come già fu chiaro a quegli iniziatori e pionieri del secolo decimonono — che generalità ed unità non indicano semplici nozioni riassuntive, che siano rinvenibili in tutte od in talune delle parti speciali, quasi indici statistici di ricorrenza, ma concetti capaci di ulteriori applicazioni, e quindi dotati (diremmo con Jhering) di intima *forza produttiva*. In un processo astrattivo, che sale di grado in grado, e costruisce categorie più povere di comprensione e più ricche di estensione, le 'parti generali' dei trattati di diritto civile si collocano in una fascia intermedia: non ancora teorie generali del diritto, ma già lontane dai singoli istituti e dalle sintesi puramente descrittive. *Generalità*, appunto, (per riprendere una

⁽¹¹⁾ V.E. ORLANDO, *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, 1949, in *Scritti giuridici varii* (1941-1952), Milano, 1955, 99.

stringente notazione di Angelo Falzea), che trova un proprio spazio, distinto così dall'universalità filosofica del giusnaturalismo come della particolarità dell'esegesi ⁽¹²⁾.

La dottrina civilistica, che pure muoveva (e non poteva non muovere) dalle norme del codice *si trovava ormai oltre il codice*. La scienza mostrava un'energia di astrazione ed un livello di generalità, che difettavano al suo proprio oggetto. L'antitesi o sfasatura tra il diritto civile, come ramo della scienza, ed il codice civile attesta, altresì, che il ceto degli studiosi aveva raggiunto tale prestigio ed autorità sociale da *farsi giudice delle scelte politiche* (di quelle, appunto, che avevano presieduto all'unificazione legislativa), e di contrapporre un 'diritto dei professori' al diritto calato nelle norme del codice. Era ormai un ricordo l'alleanza, stabilitasi all'indomani dell'unità, tra scienza giuridica e Destra storica: come questa aveva ceduto alla sinistra, ed al vario trasformismo parlamentare, così quella guardava oltre i contenuti e lo stile del codice civile. Non più dottrina della proprietà terriera, ma interprete del vivace e impaziente capitalismo italiano.

Di qui l'insoddisfazione per l'empirismo del codice civile del '65, e l'attesa di una revisione o di un nuovo codice, che mettessero a frutto i risultati della scuola sistematica. Tale *ricongiungersi della dottrina con il codice*, e di questo con quella, si rivelava, agli occhi del giurista italiano (come pure, in Francia, all'audacia precorritrice e solitaria di Raymond Saleilles), nella formazione e nei contenuti del BGB. Lo studio del codice civile germanico nasceva, non da effimera curiosità o da semplice scrupolo informativo, ma dalla *logica di sviluppo della dottrina* e dalla vita politica ed intellettuale del nostro Paese.

⁽¹²⁾ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, *Il concetto di diritto*, Milano, 1992, 75-77.

LE SANZIONI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

SEBASTIANO LICCIARDELLO

SOMMARIO: 1. Le sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. — 2. Le sanzioni amministrative per infrazioni alla disciplina delle intese restrittive della libertà di concorrenza e dell'abuso di posizione dominante. — 2.1. I destinatari delle sanzioni. — 2.2. Le infrazioni gravi agli articoli 2 e 3 della legge *antitrust*. — 2.3. L'entità della sanzione. — 2.4. L'inottemperanza alla diffida e la sospensione dell'attività d'impresa. — 3. Le sanzioni amministrative per inottemperanza al divieto di concentrazione e all'obbligo di notifica. — 4. Le sanzioni amministrative per infrazioni nel corso dell'istruttoria. — 5. Il procedimento sanzionatorio. — 6. Il provvedimento sanzionatorio. — 7. La tutela giurisdizionale.

1. Il potere sanzionatorio ⁽¹⁾ dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato va a completare un sistema di strumenti (poteri di

⁽¹⁾ Nel nostro ordinamento non esiste una nozione unitaria di sanzione amministrativa. L'attribuzione ad una amministrazione del potere sanzionatorio può essere la conseguenza di un processo di depenalizzazione, cioè di trasformazione di un illecito penale in illecito amministrativo. Sul processo di depenalizzazione cfr. S. MOCCIA, *Considerazioni di politica criminale sull'illecito depenalizzato*, in *Arch. pen.*, 1986, 515 ss.; A. PAGLIARO, *Relazione introduttiva*, in *Le modifiche al sistema penale nella legge 24/11/1981, n. 689*, in *Studi economico-giuridici*, vol. L, 1982-83, t. 2°, 1. È il processo inverso alla «penalizzazione» che ha caratterizzato lo stato di diritto, vedi V. BACHELET, *Problemi e prospettive della delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, 1974, 2233 s.; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 10 s. In questi casi la sanzione amministrativa è il risultato di una scelta di politica criminale finalizzata ad alleggerire il carico di lavoro del giudice penale, in relazione anche ad un diverso apprezzamento del disvalore sociale del fatto; la sanzione amministrativa avrà così una tipica funzione punitiva, allo stesso modo della sanzione penale. Il processo di depenalizzazione è stato attuato con la legge 689/81 in termini meramente formali, in quanto il legislatore ha depenalizzato fattispecie delittuose o contravvenzionali in relazione al tipo di pena previ-